

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA
FACULTAD DE DERECHO
Córdoba - Argentina



REVISTA DE LA FACULTAD

Vol. XII • Nº 2 • NUEVA SERIE II (2021)

ISSN 1850-9371



* Edición Digital

*Incorporada a LATINDEX (Índice Latinoamericano de Publicaciones Científicas Seriadas) (Nivel I)

*Incorporada al NÚCLEO BÁSICO DE REVISTAS CIENTÍFICAS ARGENTINAS- CAICYT (Nivel I)

*Incorporada a LatinREV (FLACSO Argentina)

*Incorporada a la Red Federal de Revistas Jurídicas Universitarias

*Incorporada a SciELO (Scientific Electronic Library Online)

ISSN 1850-9371 (Impresa) ISSN 2314-3061 (En línea)

DIRECTORA
Zlata Drnas de Clément

SECRETARIA
Carla Saad

COMITÉ DE REDACCIÓN
CONSEJO ASESOR

Marcela Aspell (CONICET - Argentina)
Manlio Bellomo (Universidad de Catania- Sicilia - Italia)
José Antonio Escudero López (UNED - España)
Gonzalo Fernández (Universidad Nacional de Córdoba - Argentina)
Carlos Garriga (Universidad del País Vasco - España)
Ricardo Haro (Universidad Blas Pascal)
Waldemar Hummer (Universidad de Innsbruck - Austria)
Alicia Morales Lamberti (Universidad Nacional de Córdoba-Argentina)
Juan Carlos Palmero (Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - Argentina)
Antonio Remiro Brotóns (Universidad Autónoma de Madrid - España)
Horacio Roitman (Universidad Empresarial Siglo 21 - Argentina)
Jorge Horacio Zinny (Universidad Nacional de Córdoba)

CONSEJO DE REDACCIÓN

José C. Bocchiardo
Alberto Zarza Mensaque
Ricardo Mirolo
Myriam Consuelo Parmigiani de Barbará
Ernesto J. Rey Caro
Efraín Hugo Richard
Rafael Vaggione

Dirección, redacción y correspondencia
Caseros 301, piso 1, 5000 Córdoba-RA
Tel. 0054 351 4332059
revistafacultad@derecho.unc.edu.ar
facultadrevista@yahoo.com.ar

AUTORIDADES
UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

RECTOR

Hugo JURI

VICERRECTOR

Ramón Pedro YANZI FERREIRA

FACULTAD DE DERECHO

DECANO

Guillermo BARRERA BUTELER

VICEDECANO

Edgardo GARCÍA CHIPLE

SECRETARIO ACADÉMICO

Alejandro FREYTES

PROSECRETARIA ACADÉMICA

María RUÍZ JURI

SECRETARIA DE CIENCIA Y TÉCNICA

Amalia URIONDO DE MARTINOLI

SECRETARIO LEGAL Y TÉCNICO

Victorino SOLÁ

SECRETARIO ADMINISTRATIVO

Ricardo Daniel EREZIAN

SECRETARIO DE ASUNTOS ESTUDIANTILES

Diego Agustín AGUDO

PROSECRETARIO DE ASUNTOS ESTUDIANTILES

Antonio KOGUC BATIUSZK

Ricardo Daniel EREZIAN

SECRETARIO DE POSTGRADO

Edgardo GARCÍA CHIPLE

PROSECRETARIA DE POSTGRADO

Susana BORGARELLO

SECRETARIO DE EXTENSIÓN Y RR II

Jorge E. BARBARÁ

PROSECRETARIA DE RR II

Laura CALDERÓN

PROSECRETARIO DE EXTENSIÓN

Pablo Cesar MINA GUZMÁN

SECRETARIO DE GRADUADOS

Maximiliano RAIJMAN

PROSECRETARIO DE GRADUADOS

Juan Alberto DÍAZ

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS Y SOCIALES

DIRECTOR

Esteban LLAMOSAS

COORDINADORA ACADÉMICA

María Alejandra STICCA

COORDINADORA DE EXTENSIÓN

María Cristina DI PIETRO

CONSEJO DIRECTIVO
(hasta noviembre de 2021)

PROFESORES TITULARES

TITULARES

*José Palazzo
Gabriel Ventura
Ramón Daniel Pizarro*

SUPLENTES

*Margarita Llabrés
Rosa Ávila Paz de Robledo
Aldo Novak*

PROFESORES ADJUNTOS

TITULARES

*Leonardo González Zamar
Andrés Rossetti
Mariana Sánchez*

SUPLENTES

*Oswaldo Allione
Silvana M. Chiapero
Carlos Echegaray de Maussion*

DOCENTES AUXILIARES

TITULARES

*Laura M. Echenique
Eduardo Valdés
Mariano Pelliza Palmes*

SUPLENTES

*Marcelo Jaime
Silvia Díaz
María Fernanda Cocco*

EGRESADOS

TITULARES

*Marcelo Echenique
Eduardo Sarsfield*

SUPLENTES

*José A. Leo
Roberto Espinoza*

ESTUDIANTES

TITULARES

*Carlos María Aquino
Micaela Josefina Fernández
María Agustina Restelli
Milena Taurián
Lucas Gabriel Pereyra
Dibe Macarena Zaide*

SUPLENTES

*Gisella Martínez
Ayrton Uriel Sangoy
Melisa Oliva Olmos
Rosario Sferco
Sofía Agustina Juárez
Marcelo Andrés Bizzarri*

NO DOCENTES

TITULAR

María Victoria Maurizi

SUPLENTE

Yamila Borrego

ÍNDICE

Reglamento de la Revista - Normas editoriales XI

DOCTRINA E INVESTIGACIÓN

LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO ARGENTINO Y SU CONGRUENCIA CON LA LEGISLACION SOCIETARIA Y CONCURSAL (VIDA PASIÓN Y MUERTE DE LAS SOCIEDADES) <i>CORPORATE PERSONALITY IN ARGENTINE LAW AND ITS CONGRUENCE WITH CORPORATE AND INSOLVENCY LEGISLATION (LIFE, PASSION AND DEATH OF SOCIETIES)</i> <i>Efraín Hugo Richard</i>	1
ANTOLOGÍA JUDICIAL Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO AMBIENTAL <i>JUDICIAL ANTHOLOGY AND GENERAL THEORY OF ENVIRONMENTAL LAW</i> <i>Alicia Morales Lambert</i>	55
HISTORIA TRANSICIONAL NORPATAGÓNICA Y REPUBLICANISMO DELIBERATIVO <i>NORTH PATAGONIC TRANSITIONAL HISTORY AND DELIBERATIVE REPUBLICANISM</i> <i>Nicolás Emanuel Olivares</i>	95
LA POLÍTICA CONSERVADORA FRENTE A LA AMPLIACIÓN DEMOCRÁTICA DEL CONGRESO ARGENTINO: AVANCES Y ANQUILOSAMIENTO ANTE LA REFORMA ELECTORAL DE 1912 <i>CONSERVATIVE POLITICS IN THE FACE OF THE DEMOCRATIC EXPANSION OF THE ARGENTINE CONGRESS: ADVANCES AND STAGNATION IN THE FACE OF THE ELECTORAL REFORM OF 1912</i> <i>César D. Baena</i>	119
REFLEXIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA SOBRE EL AMPARO COLECTIVO ARGENTINO: CASO ASOCIACIÓN COMUNIDADES ABORÍGENES "LHAKA HONHAT" <i>REFLECTIONS OF THE INTER-AMERICAN COURT ON THE ARGENTINE COLLECTIVE PROTECTION: ABORIGINAL COMMUNITIES ASSOCIATION "LHAKA HONHAT" CASE</i> <i>Matías Dante Berardo</i>	133
SOBRE EL POSITIVISMO NORMATIVO DE WALDRON <i>ON WALDRON'S NORMATIVE POSITIVISM</i> <i>Juan Iosa</i>	147

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESCRIBANO <i>NOTARY PUBLIC'S CIVIL LIABILITY</i> <i>Lidia D. Lasagna</i>	159
"PECCATA SUOS TENEANT AUCTORES". EXCEPCIÓN EN EL DERECHO ACTUAL <i>"PECCATA SUOS TENEANT AUCTORES". EXCEPTION IN LAW TODAY</i> <i>Bibiana Llaryora</i>	191
LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN (SUBROGACIÓN) <i>GESTATION BY SURROGACY (REPLACEMENT)</i> <i>Mónica Assandri - Laura Calderón</i>	209
DEL PARADIGMA MÉDICO-REHABILITADOR AL MODELO SOCIAL DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. MARCO JURÍDICO Y APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA JUDICIAL <i>FROM THE MEDICAL-REHABILITATING PARADIGM TO THE SOCIAL MODEL OF PEOPLE IN A SITUATION OF DISABILITIES. LEGAL FRAMEWORK AND APPLICATION IN JUDICIAL PRACTICE</i> <i>Adriana Raffaeli - Patricia Stein - Andrea Fornagueira - Maria Beatriz Krede</i> <i>Maria Soledad Viartola Duran - Fernanda Palma. Colaborador: Darío Valenci</i>	241
REFLEXIONES EN TORNO A LA PRÁCTICA DOCENTE EN LOS TIEMPOS DE PANDEMIA: LA RELACIÓN PEDAGÓGICA MEDIADA POR TECNOLOGÍAS <i>REFLECTIONS ON TEACHING PRACTICE IN TIMES OF PANDEMIC: THE PEDAGOGICAL RELATIONSHIP MEDIATED BY TECHNOLOGIES</i> <i>Lucrecia Aboslaiman</i>	261

JURISPRUDENCIA

HACIA UNA JUSTICIA SOSTENIBLE: EL ORDEN PÚBLICO AMBIENTAL BAJO LA ÓPTICA DEL DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA AMBIENTAL EFECTIVA <i>TOWARDS A SUSTAINABLE JUSTICE: ENVIRONMENTAL PUBLIC ORDER FROM THE PERSPECTIVE OF THE RIGHT OF ACCESS TO EFFECTIVE JUSTICE</i> <i>José Ignacio Torno - Pedro Benvenuto</i>	271
--	-----

CRÓNICAS E INFORMACIONES

Segundo proceso de autoevaluación UNC	335
Convenio específico entre el Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba y la UNC	336
Formación académica	336
Formación en posgrado	337
Actividades en investigación	342
Ciencia y Técnica	342
Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales	342
Actividades de extensión y relaciones internacionales	345
Actividades para graduados	346

RECENSIONES

- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (Director). *Consecuencias jurídicas de la secesión de entidades territoriales. Una visión para España*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona-España, 2020, 486 páginas.
Zlata Drnas de Clément 353
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (Coordinador). *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid-España, 2019, 297 páginas.
Zlata Drnas de Clément 355
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. *La responsabilidad internacional por el uso de la fuerza en el ciberespacio*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, 172 páginas.
Cástor Diaz Barrado 357
- SECRETARIAT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Seventy Years of the International Law Commission: Drawing a Balance for the Future*, United Nations, Genève-New York, libro electrónico publicado en octubre de 2020, 474 páginas (<https://brill.com/view/title/58066#showmorecontent>).
Zlata Drnas de Clément 361

REGLAMENTO DE LA REVISTA

NORMAS EDITORIALES

1. Naturaleza y objetivos de la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

La Revista es continuación de la publicación del mismo nombre que se editara entre 1993 y 2000, la que, a su vez, prosiguiera la labor de los antiguos Anales y el Boletín de la Facultad. Es una publicación impresa, científica, arbitrada, con una periodicidad de dos números por año, cuyo propósito es difundir en el ámbito jurídico profesional, académico y educativo, los estudios llevados a cabo en la Escuela de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales sin privilegiar perspectivas, ni poseer orientación particular. Su objetivo es presentar la producción científica de sus miembros y colaboradores a la comunidad académica jurídica, estimular la difusión de la labor científico-académica de sus docentes, la aproximación interdisciplinaria y la provisión de materiales para los aprendizajes de los estudiantes. Los Profesores de la casa son invitados naturales a presentar contribuciones a la Revista, si bien recibe colaboraciones de autores ajenos a la entidad editora. Sólo admite trabajos inéditos no propuestos simultáneamente a otras publicaciones periódicas. La Revista cuenta con un Consejo Asesor y un Consejo de Redacción. La Revista no se hace responsable por los contenidos de los artículos publicados, ni por las opiniones emitidas por los autores. La presentación de los trabajos implica la aceptación expresa del autor de las normas editoriales del presente reglamento. En líneas generales, las fechas de cierre para la recepción de trabajos en el primer y segundo semestres son 15 de marzo y 15 de septiembre de cada año, respectivamente.

2. Contenido de la Revista

Cada número contará con las siguientes secciones: a) Doctrina; b) Jurisprudencia (notas a fallo); c) Crónicas; d) Recensiones; f) Cualquier otro ítem que a consideración del cuerpo directivo se estime conveniente incorporar.

3. Lineamientos para los trabajos

El trabajo deberá seguir los siguientes lineamientos:

3.1. *Extensión*

Los artículos de doctrina al igual que las notas a fallo no deberán sobrepasar la cantidad de 25 páginas.

3.2. *Forma del escrito*

El escrito debe entregarse en impreso en hojas blancas, en papel tamaño A4, en letra Times New Roman, tamaño 12, a simple espacio, escrito de un solo lado y sin enmiendas. Se entregará en Caseros 301, piso 1, 5000 Córdoba-Argentina, en tres copias, una de las cuales deberá carecer de toda referencia, incluso de notas que permitan identificar el autor. Las demás copias,

al igual que un CD a adjuntar a la presentación, deberán consignar el nombre del autor y del archivo. Asimismo, el trabajo deberá enviarse por correo electrónico a facultadrevista@yahoo.com.ar El archivo deberá estar confeccionado en Word para Windows. Durante la COVID-19 los trabajos en dos copias (con y sin referencia al autor) pueden enviarse por mail a las siguientes direcciones: revistaacademica@derecho.unc.edu.ar y facultadrevista@yahoo.com.ar (se ruega cerciorarse de la recepción del envío).

La Portada deberá contener: a) Título en español e inglés; b) Nombre del autor o autores, acompañándose al pie con asterisco las referencias al o a los mismos en no más de cinco renglones, relativas a la máxima titulación, función académica, pertenencia institucional, correo electrónico y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada; c) Resumen en español e inglés (máximo de 15 renglones); d) Palabras-clave en español e inglés (máximo cinco expresiones).

3.3. Abreviaturas y otros signos

Todas las abreviaturas que se empleen deberán estar expresadas en forma completa la primera vez que se las utilice. Los símbolos estadísticos o algebraicos utilizados se colocarán en *itálica*, salvo que se empleen letras griegas. Las siglas, al igual que los años no llevarán punto. Por ejemplo: ANSESS, AFIP, CSJN, TSJ, 2000, 2010. Los títulos no llevarán punto.

Las expresiones “artículo”, “decreto”, “resolución”, “inciso”, “disposición”, “instrucción” y “ley” irán en *minúscula* y desarrolladas.

Si se usan comillas dentro de un texto mayor que ya está entrecomillado, las comillas encerradas deberán ser simples.

Las llamadas de las notas de pie de página irán con número, en *superíndice*, sin paréntesis. El punto será el último signo de la frase (después de las comillas, después del número de la llamada de nota de pie de página). Ejemplo: “111. Los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes (...)”.

Para destacar palabras o textos se usará *itálica* (no *negrita*, no *subrayado*). Los números de las normas no llevarán punto. En cambio, sí lo llevarán los números de los expedientes y las cifras monetarias.

Los meses deberán escribirse con *minúscula*. Las designaciones generales irán en *minúscula* (ej.: “juez”, “tribunal”, “presidente”), mientras que las designaciones específicas llevan *mayúscula* inicial (ej.: Tribunal Federal N° 1).

El inciso deberá llevar un paréntesis de cierre luego de su numeración o denominación. Por ej.: inciso 1), inciso a).

Las locuciones latinas no castellanizadas y los extranjerismos deberán figurar en *itálica*.

3.4. Tablas y figuras

Todas las abreviaturas empleadas en tablas y figuras estarán explicadas al pie de la tabla. Todas las tablas y figuras serán mencionadas en el texto y estarán numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

3.5. Citas de pie de página

3.5.1. Citas bibliográficas en trabajos jurídicos

Cuando se efectúen citas bibliográficas en notas de pie de página, las mismas irán antes del signo de puntuación y deberán indicar:

- el apellido con *mayúscula* seguido de coma y el nombre con *minúscula* salvo la letra inicial seguido de punto, o el apellido e inicial/es del/de los nombre/s del autor con *mayúsculas* y punto;
- el título del trabajo en *bastardilla* sin comillas, si se trata de título de libro;

-el título del trabajo entre comillas y en letra de imprenta si éste corresponde a una publicación periódica u obra conjunta. Cuando se trate de publicación periódica, se indicará en bastardilla el nombre de la publicación, completándose con letra de imprenta y en el orden indicado los datos de volumen, número, año de edición, página/páginas de referencia. Cuando se trate de obra conjunta, se indicará con letras mayúsculas el apellido e inicial del nombre o de los nombres del responsable o responsables de la obra y en bastardilla el título de la obra conjunta. El resto de datos será del mismo tenor que el de una publicación periódica.

Ejemplos: RUBINSTEIN, Santiago. El dolor como daño autónomo resarcible, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 22. y pp. 24-28, o RUBINSTEIN, S. El dolor como daño autónomo resarcible, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004, p. 22 y pp. 24-28; LAURENZO COPELLO, P. "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", Jueces para la Democracia, N° 34, Madrid, 1999, p. 8; DOUGLAS DURÁN, C. "Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad", en GONZÁLEZ OVIEDO, M. - TIFFER SOTOMAYOR, C. (Coords.) De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica, UNICEF, San José, 2000, pp. 45-47.

3.5.2. Citas de jurisprudencia

En las citas se consignará: Tribunal, "Autos" (siempre entre comillas), Sala, fecha, publicación, página. Ej.: TSJ Cba, Sala Laboral, "Vivas, Raúl c/Perkins Argentina S.A.", abril 25-983, La Ley Córdoba, 984-516.

3.5.3. Citas electrónicas

Las citas electrónicas indicarán la página web y la fecha de consulta.

4. Material a presentar con el trabajo

Los trabajos presentados deberán estar acompañados por:

-Nota dirigida a la Dirección de la Revista, solicitando la publicación del trabajo; declaración jurada en la que el autor haga presente que ha respetado las normas vigentes en materia de propiedad intelectual y se hace responsable de cualquier violación a las mismas.

-Breve "curriculum vitae" (diez renglones como máximo).

5. Corrección de pruebas

La Revista habitualmente da a los autores la corrección de las pruebas de sus artículos. Las correcciones han de ser devueltas dentro de un plazo de cinco días hábiles a partir de su recepción.

6. Arbitraje

La evaluación se realizará por expertos externos, especializados en las temáticas abordadas en cada trabajo. El arbitraje adopta un sistema de doble ciego. Se enviará el trabajo de forma anónima a un evaluador especialista en el área, quien remitirá a la dirección de la Revista su ponderación. La evaluación será retransmitida al autor, permaneciendo los árbitros anónimos para el autor. Los evaluadores tendrán por misión ponderar la pertinencia del tema para la Revista, su originalidad, el aporte realizado, claridad de expresión, metodología, conclusiones, resultados y bibliografía. Su juicio podrá indicar: -que el trabajo está en condiciones de ser aceptado como está; -que está en condiciones de ser aceptado previa realización de las modificaciones indicadas; -que el trabajo debe ser rechazado.

7. Entrega de la publicación al autor y difusión de la Revista

Cada autor de trabajo publicado recibirá o tendrá puesto a disposición dos ejemplares de la Revista (durante la pandemia de la COVID-19 se imprimirá sólo en formato digital).

La Revista se publica en forma impresa. La Facultad envía ejemplares a las principales bibliotecas jurídicas argentinas y extranjeras. Se puede acceder a ella de forma gratuita (sólo lectura) a través de sitio Web de la Facultad (www.derecho.unc.edu.ar en la solapa "Publicaciones").

8. Derechos de Autor

La publicación del artículo implica la donación de los derechos de autor a la Facultad de Derecho conservando el autor su derecho a utilizar el artículo en publicaciones de su autoría o páginas web referidas a su trayectoria. Para el caso de otro tipo de publicaciones, antes de su utilización, deberá obtener autorización de las autoridades.

9. Publicación del artículo

La publicación del artículo dependerá de la evaluación referida bajo el punto 6. Arbitraje. Aceptado el artículo, ingresará en el orden de publicación conforme al espacio disponible en cada número de la Revista.

10. Cuestiones no previstas

Las cuestiones no previstas en el reglamento serán resueltas por la Dirección de la Revista juntamente con el Consejo de Redacción.

LA PERSONALIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO ARGENTINO Y SU CONGRUENCIA CON LA LEGISLACION SOCIETARIA Y CONCURSAL (VIDA PASIÓN Y MUERTE DE LAS SOCIEDADES)*

CORPORATE PERSONALITY IN ARGENTINE LAW AND ITS CONGRUENCE WITH CORPORATE AND INSOLVENCY LEGISLATION (LIFE, PASSION AND DEATH OF SOCIETIES)

*Efraín Hugo Richard ***

Resumen: A seis años de vigencia del Código Civil y Comercial parece importante generar un trabajo sobre sus normas en materia de “Personas Jurídicas”, vinculándolas con la Ley General de Sociedades, las relaciones de organización personificadas encarando actividades empresariales, y con la Ley de Concursos y Quiebras que atiende a las crisis de esas personas. Es una forma de mirar el nacimiento, la vida y la defunción de esos entes que tienen personalidad conforme el orden normativo.

Palabras-clave: Personas jurídicas privadas - Sociedad - Responsabilidad - Inoponibilidad - Causales de disolución - Crisis de sociedades.

Abstract: Six years after the Civil and Commercial Code came into force, it seems important to generate work on its rules on “Legal Persons”, linking them with the General Law of Companies, the personified organizational relationships facing business activities, and with the Bankruptcy Law that addresses the crises of these persons. It is a way of looking at the birth, life and death of those entities that have personality according to the normative order.

Keywords: Private legal persons - Society - Liability - Non-enforceability - Grounds for dissolution - Corporate crisis.

* Trabajo recibido el 14 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 7 de octubre del mismo año.

** Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la UNC. Doctor “honoris causa” por las Universidades: Nacional de Tucumán, del Norte Santo Tomás de Aquino y Universidad Católica de Salta, de la que ya era Profesor Extraordinario al igual que de la Universidad Notarial Argentina. Miembro fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal, con sede en México, habiendo ejercido cargos directivos en varios períodos. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba UNC y Director de su Instituto de la Empresa

Sumario: Introducción. **I. Persona jurídica.** II. Persona jurídica y relaciones de organización. III. La normativa civil y comercial. III. 1. Qué es ser persona jurídica. III.2. Constitución y actividad. Efectos respecto de terceros. III.3. Responsabilidad de sus miembros. III.4. Inoponibilidad de la personalidad. ¿Personas públicas? III.5. Clasificación de las personas jurídicas públicas y privadas. Delimitación de las privadas. El consorcio de propietarios. III.6. Orden normativo. III.7. Previsiones exclusivas para persona jurídica privada. Su identificación. III.8. Patrimonio y duración. III.9. Sobre la funcionalidad. III.10. De causales de disolución y liquidación. IV. Relaciones de organización no personificadas. V. Responsabilidad. VI ¿Un derecho societario de crisis? VII. Normas imperativas. VIII. Meditando.

Introducción

Para la Revista de nuestra Facultad buscamos ir más allá de una mera explicitación de las normas, tratando de generar un sistema de la regulación societaria, en una rápida exposición normativa con conectividad entre diversas leyes, particularmente el Código Civil y Comercial (CCC), la Ley General de Sociedades (LGS) y la Ley de Concursos y Quiebras (LCQ) de la República Argentina.

En sistemas como el argentino, dominados por el principio de tipicidad de los derechos reales, los recursos técnicos de imputación no pueden ser producto de la autonomía contractual¹, pero aceptados por la ley quedan a libre acceso. Asumidos por acto negocial dentro de los recaudos que exige la ley, extienden sus efectos a terceros, siéndoles “oponibles” conforme lo previsto, con un nuevo sistema de imputación.

A su vez, y en nuestra consideración que se trata de una Institución, no sólo deberemos hablar de su “nacimiento” sino de aspectos de su funcionalidad y muy particularmente de su “muerte presunta” afrontando causales de disolución y de su liquidación.

Conforme el objetivo de este ensayo nos centraremos en la figura característica en el ámbito de las personas jurídicas privadas: la sociedad, que es el sustento de la empresa por la decisión de afrontar una organización de capital y trabajo, constituyendo el patrimonio autogestante con finalidad propia que permite predicar la existencia de personalidad. Al repasar los caracteres fundamentales de la persona jurídica se advierten aspectos propios, como son: a) su organización e identidad y, por ende, estructura y estatuto particular; b) su finalidad diferenciada; y c) la existencia de un patrimonio propio. La personificación se vincula a la modalidad de generar un centro de imputación de derechos para facilitar relaciones organizacionales.

¿Por qué y para qué de la personificación? En el plano ideal, persona es un recurso técnico para disciplinar y simplificar ciertas relaciones jurídicas. Es lo que

(1) GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1992, trad. esp., p. 442.

Ihering llama “paréntesis”, Kelsen denomina “centro de imputación”, y Ross considera como “relación tu-tu”².

Pongamos atención en el por qué o para qué de esa personalidad jurídica. ¿Cuál es el objetivo o bien jurídico tutelado? Seguridad jurídica al unificar relaciones personificándolas, sin afectar derechos de terceros, o sea un fin eminentemente jurídico para el funcionalismo societario. Por este medio se están tutelando los intereses de quienes se vinculan con el mismo, y no la limitación de responsabilidad de los socios.

Se justifica en el “interés” de organizar la “empresa” y garantizar a los terceros que se vincularon por tal actividad. Este es el bien jurídico que fundamenta la personalidad jurídica. La limitación de responsabilidad no surge de la personalidad jurídica, sino de la tipicidad de segundo grado o sea del tipo de sociedad adoptada, y esa limitación esta acotada por su uso racional. Lo importante es referirse a cuándo quedan reconocidas, su funcionalismo mínimo y su desaparición del mundo jurídico.

El principio de división patrimonial, base de la personalidad, se estructura en resguardo del nuevo sujeto de derecho y de sus acreedores, más que de los socios. El derecho societario protege imperativamente la dotación patrimonial a través de la causal de disolución por pérdida del capital social o si se quiere de la constatación de un patrimonio insuficiente para operar o para atender a los acreedores, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”³, “tiene una función preconcursal o paraconcursal, considerada por algún otro como anticoncursal”⁴, obligando a pensar un derecho societario de crisis o en un derecho concursal de las personas jurídicas.

I. Persona jurídica

El concepto de persona jurídica tiene su origen en las lenguas clásicas: en latín, el sustantivo “persona -ae” surgió del verbo “persono, -as, -are”, que significaba sonar mucho o resonar; derivado del griego Προσωπον, utilizado para designar la máscara de los actores. Viene a cuento que luego se aplicó a los actores de la vida social y jurídica, a hombres, como sujetos de derecho, y desde lo jurídico, “persona” es todo ser capaz de derechos y obligaciones; capaz de devenir sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas, equivalente a “sujeto de derecho”, entendido este término en sentido abstracto, pues no sólo es sujeto de derechos sino también de obligaciones; de deberes y de responsabilidades⁵.

(2) COLOMBRES, Gervasio. *Curso de Derecho Societario*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 60.

(3) URÍA, R. - MENÉNDEZ, A. - GARCÍA de ENTERRÍA, J. “La sociedad anónima: disolución”, Cap. 4, p. 1001 en “*Curso de derecho mercantil*” dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves”, pp. 1009 a 1013.

(4) DÍEZ ECHEGARAY, José Luis. *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra 2006, p. 387.

(5) CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil español. Común y Foral*, t. I, vol. 2º, edit. REUS S.A., 12ª ed. revisada y puesta al día por J. L. De los Mozos, Madrid, p. 111.

Sobre el particular explicitamos que existen dos términos estrechamente relacionados, que frecuentemente se emplean como sinónimos, aunque en realidad no lo son: el concepto “Persona” y el concepto “Personalidad”. “Persona” es todo ser capaz de adquirir derechos y obligaciones, en cambio, “Personalidad” designa una aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas: se “es” persona, se “tiene” Personalidad⁶. Entonces parte del problema queda solucionado. Solo es persona el ser humano, aunque personalidad pueden tenerla ciertas figuras creadas por el Ordenamiento que así las reconoce.

II. Persona jurídica y relaciones de organización

En torno a las relaciones de organización, el catedrático español De Castro y Bravo⁷ advierte la existencia de un sustrato fáctico concreto de la persona jurídica, observando que esta noción tiene una raíz más profunda que se funda en las organizaciones que se distinguen de los hombres que las constituyen y que las rigen, con un fin distinto al de los asociados y administradores que las integran.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia “organización” significa la “acción y efecto de organizar u organizarse”, “conjunto de personas con los medios adecuados que funcionan para alcanzar un fin determinado”; y “organizar” es: “establecer o reformar algo, para lograr un fin, coordinando los medios y personas adecuados” o bien “disponer y preparar un conjunto de personas, con los medios adecuados para lograr un fin determinado”, y así las normas que integran el Derecho de sociedades se muestran como reglas al servicio de una técnica de organización o de “organizaciones” predispuestas, a las que se accede por la autonomía de la voluntad cumpliendo sus requisitos, a lo que denominamos como relaciones de organización personificadas⁸, conforme un estatuto registrado o comunicado.

A veces se generan dificultades para el pensamiento sistemático pues el orden jurídico privado patrimonial negocial ha sido construido a través de normas pensadas originariamente para el acto jurídico bilateral y las relaciones de cambio. Dentro de

(6) CASTÁN TOBEÑAS, J. “La personalidad jurídica, en el Derecho español” [Texto de la Ponencia sobre Persona Jurídica, elaborada por el Comité de la Academia Gallega de Legislación y Jurisprudencia], publicado en el Libro del VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas, España, Ed. Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, A Coruña, 2012, t. I, vol. 2 (en adelante “Inf. España” en las notas) p. 114: En todo caso, siempre hay que tener presente la distinción entre “ser persona” y “tener personalidad”; distinción que -entre otros aspectos- trae consigo una consecuencia importantísima: cuando menos, en el caso de las sociedades mercantiles y personas jurídicas de Derecho privado, la personalidad jurídica que se “tiene”, nunca es algo inmanente al ente de quien se predica.

(7) DE CASTRO y BRAVO, F. *Compendio de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona*, reimpr. de la 5ª ed. actualizada, impr. R. GARCÍA BLANCO, Madrid, 1970, p. 22.

(8) RICHARD, Efraín Hugo. *Organización asociativa*, Ed. Zavalía Buenos Aires 1994, p. 143; “Las relaciones de organización y el sistema del derecho privado patrimonial negocial (Una contribución para el debate)”, en 1er. Congreso Internacional sobre “El Derecho Civil en Latinoamérica y Filipinas, concordancias y particularidades” (diciembre 2013, Málaga, Congreso Virtual).

ese sistema aparecieron desestructurada y aluvionalmente normas tendientes a dar soluciones a las relaciones de organización, y en ese momento reconociendo efectos incluso a la declaración unilateral de voluntad, también a través de peculios, dominio imperfecto, y más contemporáneamente otras modalidades de organización como la sociedad, fundaciones, patrimonios especiales y de afectación, leasing, buque, empresa, fideicomiso, fondos, de los que la realidad y la normativa que las reconoce en el derecho comparado da cuenta todos los días como centros imputativos, no siempre personas jurídicas⁹. De todas formas, el mapa de las personas jurídicas se amplía día a día a impulso de la realidad, al igual que las relaciones de organización en el terreno asociativo. No todas esas relaciones son personificadas, en nuestro sistema sólo son personas jurídicas las reconocidas por el legislador –art. 148 CCC–.

En las comunidades se ha dado lugar a la constitución de *organizaciones*, recurriendo a lo que ha sido descripto como una “*técnica de organización unitaria de un patrimonio o de un grupo de personas, mediante el reconocimiento por el Ordenamiento positivo de la titularidad de derechos subjetivos, así como de obligaciones*”¹⁰, es decir: la separación patrimonial entre el ente y sus miembros; la autonomía de patrimonios: en definitiva, la Personalidad Jurídica, como algo distinto de la mera suma de los socios componentes de la sociedad¹¹.

La conceptualización sobre la persona jurídica es tema que requiere la adecuada comprensión de las relaciones de organización asociativas como género propio de la cooperación y colaboración y, dentro de ellas la tipicidad de la sociedad como persona jurídica.

Deben superarse los dogmatismos en torno a la naturaleza de la personalidad jurídica¹², relativizando las concepciones históricas en una nueva formulación de la ficción jurídica, que absorbe al realismo, poniendo el acento en la técnica de orga-

(9) RICHARD, Efraín Hugo. “La responsabilidad en el contrato de leasing y fideicomiso”, publicado en Alberto BUERES y Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI (Dir.), AAVV *Responsabilidad por daños en el tercer milenio - Homenaje al Profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.561. 1997. Y nuestros, *Organización Asociativa*, 1ra. ed., Ed. Zavallía, Buenos Aires, 1994; *Las Relaciones de Organización. El sistema jurídico del Derecho Privado* (2ª ed.), *Relaciones de organización - Sistema societario, y Relaciones de Organización - Sistema de contratos de colaboración*, editados por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

(10) GUYON, Y. *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et Sociétés*, Ed. Economica, 8ª ed., Paris, 1994, p. 130; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. “La Personalidad jurídica del Comerciante Social”, en *Estudios de Derecho mercantil (La Empresa y el empresario - Constitución, modificación y extinción de sociedades mercantiles - Uniones de empresas y sociedades)*, t. I, Editorial de Derecho financiero/Editoriales de derecho reunidas, 2ª ed., revisada, corregida y al día, Madrid, 1977, p. 167.

(11) GARRIGUES DÍAZ-CABAÑATE, Joaquín. *Tratado de Derecho mercantil*, t. I, vol. 1º, Madrid, 1947, p. 456, quien señala que “la Sociedad no es la suma de los socios, sino algo que está por encima de ellos, rebasando su personalidad física”.

(12) RICHARD, Efraín Hugo. “Notas en torno a personalidad jurídica”, en *Libro del VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas*, Ed. Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, A Coruña, España, 2012, p. 407,

nización que asume cada legislación dejándola disponible a la autonomía privada conforme tipos elegibles de esa organización -asociación, sociedad, y dentro de estas los subtipos o tipología de segundo grado: sociedad colectiva, anónima, etc.-.

Centrados en la figura característica en el ámbito de las personas jurídicas privadas: la sociedad, como sustento de la empresa por la decisión de afrontar una organización de capital y trabajo, constituyendo un patrimonio autogestante con finalidad propia que permite predicar la existencia de personalidad. Aunque puede constituirse una sociedad de *mera administración de carter*a como resulta del art. 31 LGS.

El Derecho de sociedades -como una especie de Derecho “*de corporaciones*”- tiene por objeto regular gran parte de las *organizaciones* privadas, de carácter voluntario, basadas en la agrupación negocial de personas o la afectación finalista de patrimonios¹³, y se señala que esa condición imputativa de organizaciones viene dado cuando las sociedades y fundaciones -patrimonios afectos a un fin- alcanzan personalidad jurídica; es decir: a partir del momento en que pasan a ser sujetos de Derecho, y no meras relaciones intersubjetivas de origen contractual o negocial; cuando *pasan del vínculo, a la persona*.

A su vez esta organización generando una persona jurídica impone la existencia de órganos. Los mismos se corresponden a cada tipo de persona jurídica que se quiera constituir. En las sociedades distinguimos los necesarios órganos de gobierno o reunión de miembros, que se constituyen con cierta periodicidad para tomar decisiones o recibir el estado patrimonial de un órgano de administración, de actuación constante para atender las relaciones jurídicas de la persona jurídica, de un órgano de representación que exterioriza las decisiones del órgano de administración, y probables órganos de fiscalización para asegurar la legalidad del desenvolvimiento de la persona jurídica. A su vez los integrantes de esos órganos de administración no están sujetos a un mandato voluntario sino a uno representativo. Y de allí las nuevas normas sobre representación orgánica y voluntaria.

El CCC y las reformas a la LGS superaron las diferencias de criterios que, confundiendo la sociedad persona jurídica de la nominada meramente como “sociedad accidental” -mero contrato asociativo no personificado-, las incluían en la prohibición contenida en el viejo art. 30 LSC, por el uso de la expresión sociedad¹⁴. Ahora normados los contratos asociativos en el CCC la cuestión ha quedado definitivamente superada. Así el negocio en participación puede ser una herramienta expansiva

(13) En una interesante monografía sobre los empresarios fundacionales, se señala que la personalidad jurídica de la fundación/empresa posee un carácter institucional, y se aclara esta afirmación señalándose que el substrato de este tipo de persona jurídica no está formado por una agrupación de personas, sino por un “fin” a realizar. VALERO AGUNDEZ, U. *La Fundación como forma de Empresa*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1969, p. 131.

(14) RICHARD, *Las Relaciones de organización*, cit.

de negocios al introducir flujos de fondos específicos cuando existe capacidad de trabajo ociosa.

Adviértase el *carácter* que entraña la personalidad para la relación a la que se caracteriza como persona jurídica, pues creada y generado su patrimonio, no puede desaparecer sin cumplir los requisitos que la normativa impone para su liquidación. El aspecto institucional cobra especial relieve en todo lo que concierne a la vida externa de la sociedad, es decir, a sus relaciones con terceras personas en el campo de la actividad¹⁵.

El concepto de persona es indivisible y excluyente, actúa siempre como un centro de imputación diferenciada, generando un grado de separación patrimonial que podrá ser absoluta o relativa según el tipo societario, implica un sistema de organización a través del cual es posible hacerla actuar como titular de derechos y deberes y a su vez, reconoce un fin autónomo que permite comprender las nuevas maneras de asociación que ofrece el mundo de hoy. Sólo queda de recuerdo la expresión de la Exposición de Motivos del Dto. Ley 19550 del año 1972 sobre la personalidad “precaria y limitada” de las sociedades irregulares, no advertible en el articulado bien entendido. La personalidad es una sola, se tiene o no se tiene. Eventualmente es un problema de oponibilidad como veremos.

III. La normativa civil y comercial

Los artículos implicados en la regulación de persona jurídica van desde el art. 141 hasta el art.167 CCC en cuanto reconocen que la persona jurídica es un ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones y que, por ende, sus integrantes no responden, en principio por las deudas de ésta. Perfecciona el sistema anterior, sin variarlo, integrando la normativa sobre las relaciones de organización y de sociedades.

Hagamos un repaso de las nuevas normas.

III.1. *Qué es ser persona jurídica*

“Título II. Persona jurídica. CAPITULO 1. Parte General. SECCIÓN 1ª. Personalidad composición.

ARTICULO 141. *Definición. Son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”.*

(15) URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*, Madrid, 1958, p.99.

La persona jurídica configura una voluntad autónoma generando un centro de imputación con aptitud de obligarse y adquirir derechos. La referencia a su objeto y los fines de su creación he hecho pensar en un retorno a la teoría sajona del *ultra vires* como limitación de la capacidad, conectando con el art. 156 CCC que respecto del objeto señala que debe ser “preciso y determinado”, limitando la imputabilidad. Anticipamos nuestra opinión que el punto no hace a la capacidad amplia de la persona jurídica, sino a la legitimación de su órgano de representación, y que no necesariamente debe ser único ese objeto, sino conforme los fines y la falta de una disposición expresa en contrario puede ser plural.

Se refuerza la tesis que el ordenamiento jurídico es el que impone la personalidad¹⁶: sólo la tienen los patrimonios separados a los que alguna norma les atribuya la calidad de persona jurídica. No basta que el sistema impositivo les atribuya responsabilidad por deuda ajena, como acaece con los contratos asociativos -que no tienen personalidad-¹⁷.

Es oportuno recordar a Girón Tena cuando afirma al referirse a los antecedentes del derecho comparado: “tiene un interés escaso fuera de su país, el gran esfuerzo, en el que participan muchos mercantilistas italianos, acerca de si los textos concretos del Codice Civile permiten generalizar la personalidad para todos los tipos de sociedad -tendencia que continuaría la posición de la doctrina precedente a aquel cuerpo legal -o si, por el contrario, obligan a distinguir principalmente entre sociedades de personas y de capitales -con lo que se coincidiría con la orientación alemana (...)”. Se trata de un problema normológico o del derecho positivo de cada país, pues en muchos de ellos las sociedades de personas no son reconocidas como personas jurídicas.

Persona y capacidad son conceptos que necesariamente se complementan y requieren. Toda persona, por el sólo hecho de serlo, tiene capacidad cualquiera sea la medida en que el ordenamiento se la confiera, pero también hay que puntualizar que persona y capacidad no se identifican, pues esta última nace de esa facultad que, en los casos dados, les conceden o niegan las leyes, es decir, que la capacidad varía en razón de la categoría de persona de que se trate.

(16) RICHARD, Efraín Hugo - MUIÑO, Orlando Manuel. *Derecho Societario*, Ed. Astrea, Buenos Aires 1997, p. 36. “La personificación jurídica es un medio técnico-jurídico de simplificación de relaciones jurídicas, que el legislador dispone conforme la política legislativa que se imponga para autorizar que los particulares conciban el nacimiento de nuevos sujetos de derecho conforme lo autorice la legislación”. En idéntico sentido SUAREZ ANZORENA, Carlos. “Personalidad de las sociedades”, en ZALDÍVAR Enrique y otros. *Cuadernos de Derecho Societario*, T. I, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1973, p. 130. “(...) la persona societaria constituye un medio jurídico-cultural que el derecho posibilita a los efectos de la mejor organización de los fines humanos que reputa lícitos”.

(17) RICHARD, Efraín Hugo. “Contratos Asociativos”. en Julio RIVERA, Julio (Dir.) *Proyecto de Código Civil y Comercial Comentado*, AAVV, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012; “Contratos asociativos”, *Contratos Comerciales Revista de Derecho Privado y Comunitario* 2017/3, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 21 de diciembre de 2017, p. 295 y ss.

La noción de capacidad difiere, a su vez, de la imputación mecánica, mediante la cual la ley le atribuye un hecho, acto o situación jurídica a determinada persona.

Un punto central es si la “aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones” está condicionada al “cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”. El tema debe vincularse al art 59 LGS ya que no lo consideramos un condicionante a la capacidad –obviamente limitado por la naturaleza de la persona jurídica que no puede tener la capacidad de las personas humanas- sino que es un aspecto de legitimación o imputación. Ello sin perjuicio de la precisión del art. 156.

Si configurado un *contrato asociativo conforme las normas que establece el CCC, por exorbitación en la actividad* del representante voluntario se actuará generando un centro de imputación, anulando la actividad independiente de los partícipes, aunque sólo fuere en el objeto del contrato, y lo hiciera como sociedad, traspolando la representación voluntaria en orgánica; si ello se prueba se podría sostener la existencia de un centro imputativo personificado, como una sociedad simple. Esa imputación obliga a una prueba cuidadosa de esa actuación como sociedad, perdiendo la individualidad operativa los miembros del contrato asociativo.

III.2. Constitución y actividad. Efectos respecto de terceros

“ARTICULO 142. Comienzo de la existencia. La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. No necesita autorización legal para funcionar excepto disposición legal en contrario. En los casos en que se requiere autorización estatal, la persona jurídica no puede funcionar antes de obtenerla”.

Adviértase que es el único artículo de esta parte general que hace referencia a la persona jurídica privada. Debe tenerse en cuenta la expresa manifestación o limitación normativa. Hace relevante el acto de voluntad privada.

Tema central, desde lo práctico, es determinar el momento desde el que se reconoce la imputación diferenciada *erga omnes*: ¿la elección del medio de constitución, el tipo de persona jurídica elegida, la inscripción y/o la mera actuación?¹⁸. Este nuevo artículo define una cuestión problemática disponiendo que la existencia de esas personas jurídicas lo sean desde su constitución, aspecto que no puede ser llevado al extremo de oposición a terceros cuando el tipo de organización exija recaudos especiales de publicidad. Es decisión del legislador reconocer la existencia de la persona

(18) CASTÁN TOBEÑAS, “La personalidad jurídica, en el derecho español”, cit. p.75: “III.4.1.- Nacimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles. Uno de los problemas clásicos y más importantes -por su trascendencia práctica-, suscitados en torno a la personificación de las sociedades mercantiles, es el de cuándo y cómo surge esa personalidad; es decir: de qué manera y a partir de qué momento, la previsión legal genérica por la que se reconoce *-rectius*, se concede- personalidad jurídica a una sociedad, en abstracto, se materializa concretamente, en la adquisición específica, por una sociedad (...), de la personalidad jurídica, que el Ordenamiento le permite adquirir”.

jurídica privada desde su constitución, pero es otro aspecto desde cuando se generan sus efectos. La situación acaece cuando el tipo elegido de sociedad, por ejemplo, una sociedad de responsabilidad limitada impone su inscripción en el Registro, y recién entonces se producirán la totalidad de los efectos de la figura elegida por los constituyentes. Cuando esta inscripción acaezca no será necesaria otra prueba, pero antes de ello quien quiera promover una acción contra la sociedad constituida pero no registrada deberá acreditar que contrató con la misma o su existencia en caso de una obligación extracontractual. Esa prueba deberá ser generada incluso para legitimarse activamente. Será un problema de prueba (arts. 21 a 26 LGS).

Los Fundamentos del Proyecto CCC son importantes en ese aspecto¹⁹. Mientras la doctrina argentina debate sobre la supuesta personificación de las sociedades de hecho, la realidad desafía tal posición. La original Exposición de Motivos de la ley de sociedades, dogmáticamente afirmaba que la personalidad de esas sociedades es “precaria y limitada”, expresión opinable pues la personalidad es única²⁰, se tiene o no se tiene. La norma no se expresa.

La simplificación de relaciones que comporta el reconocimiento de la personalidad es frágil para la sociedad de hecho, salvo confesión judicial o extrajudicial fehaciente de todos los que supuestamente la componen. De no -y aún en esos supuestos en muchos casos- quién pretenda ejecutar la relación jurídica incumplida contra esa sociedad, deberá legitimar pasivamente a ésta, a todos los supuestos

(19) En Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial, al final, al referirse a reformas a la Ley General de Sociedades se expresa sobre el punto: “1). Sociedad y persona jurídica. La reforma propuesta considera que la sociedad es un sujeto derecho, y ello debe complementarse con las normas existentes en materia de personas jurídicas: *Artículo 142.-* Comienzo y fin de la existencia. La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. No necesita autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario. En los casos en que se requiere autorización estatal, la persona jurídica no puede funcionar antes de obtenerla. *Artículo 143.-* Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. El comienzo de la persona jurídica ha sido ampliamente debatido, existiendo dos posiciones. a) La sociedad es sujeto de derecho desde el momento de su constitución. Es la tesis del derecho vigente y la que adopta este anteproyecto. b) La sociedad es persona jurídica y de sujeto de derecho sólo a partir de la inscripción registral. En la etapa previa hay un contrato. Mediante ello se procura evitar la posibilidad de atribuir personalidad jurídica a lo que es doctrinalmente un *joint venture* (contrato) y nunca sociedad, aún en sentido lato. La Comisión ha considerado muy fundadas ambas posiciones, pero se ha inclinado por la primera. Una cuestión de orden práctico, es el funcionamiento de los registros, que, en muchas provincias, tienen demoras importantes para terminar los procesos de inscripción. En ese contexto, podrían generarse serios problemas para quien ha creado una sociedad, que no es tal hasta la inscripción, si ésta se atrasa varios meses. Por lo tanto, sin perjuicio del interés teórico, no se dan los presupuestos de infraestructura que la hagan viable. Hemos tenido en cuenta también que, en los proyectos anteriores no se innovó sobre el régimen vigente. Para no citar sino el Proyecto de 1998, luego de que su Art. 138 definía a las personas jurídicas como “*todos los entes, distintos de las personas humanas, a los cuales el ordenamiento jurídico les reconoce aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones*”, el Art. 147 preveía que “*la existencia de las personas jurídicas privadas comienza desde su constitución*”.

(20) Inf. España “O se tiene personalidad -es decir: capacidad para ser titular de derechos y obligaciones-, o no se tiene, en absoluto. No caben medias tintas.”.

integrantes y acreditar que dicha relación es imputable a la sociedad y no a alguno o algunos de los socios²¹. El efecto *erga omnes* no existe. Tema central, desde lo práctico, es determinar el momento desde que se reconoce la imputación diferenciada *erga omnes*: ¿la elección del medio, la inscripción y/o la mera actuación?²²

El nacimiento (reconocimiento) y desaparición de un centro de imputación (particularmente de una persona jurídica) se vincula a la realidad. Y la misma son las relaciones jurídicas imputables a un conjunto de bienes o patrimonio separado (activas y pasivas). O sea, cuando ese centro es reconocido como diferenciado por y para terceros, y no se vinculan con los socios sino con ese centro.

La publicidad de hecho o de derecho, y las formalidades legales dan seguridad a socios y, particularmente, a terceros. A éstos por cuanto sus créditos se garantizan con el patrimonio afectado (imputado). A los socios por cuanto determinan grados de responsabilidad (tipicidad de primer y segundo grado en el tipo elegido para organizarse), marcando el grado de estanqueidad patrimonial respecto de los socios de no resultar satisfechas las obligaciones de terceros.

De no haberse cumplido con los requisitos de publicidad del nuevo ente que exija la norma, estaremos frente a un centro imputativo de limitados efectos internos o con terceros vinculados, que es apto para recién allí generar efectos *erga omnes*.

La supuesta personalidad de las sociedades no exteriorizadas²³, si bien asegura efectos desde la firma del contrato, limita ese efecto unificador y simplificador en la

(21) Inf. España (p.80): "(...) de modo que este segundo párrafo podría hacer pensar que, verdaderamente, las sociedades mercantiles adquieren su personalidad jurídica simultáneamente a -y por causa de- la propia *constitución*. Mas, entonces se suscita el problema de *qué se entiende* por "*constitución*" de la Sociedad o qué se entiende cuando se dice que la compañía mercantil se halla "*constituida*". Y aquí se incurre en una *primera falacia*: la de dar por supuesto que la "*constitución*" de la Sociedad se refiere al simple hecho de la celebración del contrato, y que -asimismo- la Sociedad queda "*constituida*", cuando se ha celebrado el contrato de sociedad. Pero, sobre todo, sucede que la tesis de la personificación derivada directamente de la perfección del contrato, choca frontalmente con los textos legales (...). Y, en este sentido, el CCo. distingue claramente dos tipos de planos o niveles" las relaciones internas y las externas.

(22) Inf. España (p.75): III.4.1.- *Nacimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles*. Uno de los problemas clásicos y más importantes -por su trascendencia práctica-, suscitados en torno a la personificación de las sociedades mercantiles, es el de cuándo y cómo surge esa personalidad; es decir: de qué manera y a partir de qué momento, la previsión legal genérica por la que se reconoce *-rectius*, se concede-personalidad jurídica a una sociedad, en abstracto, se materializa concretamente, en la adquisición específica, por una sociedad (...), de la personalidad jurídica, que el Ordenamiento le permite adquirir.

(23) La supuesta personalidad de la sociedad de hecho contradice el fin señalado y fijado en el Segundo Congreso de Derecho Civil referido al "sólo fin de darle publicidad y certeza por el simple registro", superando el otorgamiento de la personalidad jurídica. También el criterio fijado por el art. 46 CC para reconocer a ciertas asociaciones como sujetos de derecho, basado siempre en el principio de certeza y publicidad para no afectar derechos de terceros. La sociedad no siempre es persona jurídica, y así, en Francia, la sociedad de hecho no es persona moral. La legislación francesa, a partir de la ley del 4 de enero de 1978, siguiendo a la jurisprudencia, ha consagrado la aplicabilidad a las sociedades creadas de hecho las disposiciones de las sociedades en participación (art. 1873 nuevo del Código Civil). No altera esa apreciación que se acepte que los "socios" se presenten unificadamente en

relación terceros-sociedad-socios (incluso entre estos cuando no existe contrato, sino actuación de hecho). Su personificación puede afectar derechos de terceros -particularmente de los acreedores de los socios-, y parece suficiente la responsabilidad de los socios o de los que hayan generado apariencia en tal sentido²⁴.

Por otra parte, la personalidad se corresponde a la exigencia de un patrimonio separado. Así como la sociedad de hecho carece de capital estatutario, en muchos casos es difícil determinar si tiene patrimonio, aparte la supuesta imposibilidad normativa de comprar bienes registrables. Esa opinable personalidad debe ser analizada con particular cuidado y con limitados efectos, porque es sólo un procedimiento técnico para facilitar la gestión de los bienes puestos en común, careciendo de significación si no se expone en relación con terceros²⁵. Estas, como las sociedades irregulares y en formación, generan limitados efectos imputativos *que pueden perfeccionarse cuando se cumplan los requisitos fijados por la ley para que la relación de organización quede personificada*, como hemos anticipado intentando superar la cuestión. La reforma de los arts. 21 y ss. LGS soluciona estos problemas.

Todo lo referente a sociedades no inscriptas o atípicas debería resolverse a través de la responsabilidad, no alterando los centros de imputación respecto a los acreedores individuales de los supuestos socios que se verían preteridos por los acreedores sociales, o sea de la supuesta persona jurídica (sociedad de hecho)²⁶.

Claro que no basta la mera firma del negocio constitutivo, sino la realización de algún acto, incluso con un socio, como puede ser el depósito del capital que aporta, o de parte de él.

el procedimiento de “redressement judiciaire”. La situación no implica otorgarles personalidad, sino en forma similar a lo dispuesto por nuestra ley de concursos 24522 en sus arts. 65 para los agrupamientos y art. 68 para vínculos de garantías, se autoriza la presentación en un único proceso. La razón es de economía procesal.

(24) MUIÑO, Orlando Manuel - RICHARD, Efraín Hugo. “En torno a la no personificación de las sociedades de hecho”, Comunicación al X Congreso argentino de Derecho societario, VI Congreso iberoamericano de Derecho societario y de la empresa, tomo I, p. p. 693. Enrolándonos en posición divergente, o sea en relativizar la aparente personificación de la sociedad de hecho, que sólo tendría virtualidad conforme el art. 26 LSC en supuestos de quiebra. Sería aplicable el Código Civil en su art. 1666: “La sentencia pronunciada, declarando la existencia de la sociedad a favor de terceros, no da derecho a los socios para demandarse entre sí, alegando tal sentencia como prueba de la existencia de la sociedad”. O sea que se convierte en un sistema de responsabilidad, no generándose una persona jurídica y, como tal, un centro imputativo autogestante. Sólo es prueba de la existencia de la sociedad de hecho en CCA: “La sentencia pronunciada entre los socios en calidad de tales” (art. 1665 ap. 4). Incluso el reconocimiento extrajudicial entre socios de la existencia de una sociedad de hecho no puede invocarse para afectar derechos de terceros (art. 1195 CCA), pues se podría intentar preterir a acreedores individuales.

(25) Cámara Nacional Comercial, sala B, Julio 3 de 1979, *in re: “Splenser, Carlos c. Eisler, Eric”*.

(26) Inf. España (p. 82): Por consiguiente (...) revela que la adquisición de personalidad jurídica, por las sociedades mercantiles precisa de publicidad *legal* y que esa publicidad legal, lo es porque y en cuanto es publicidad *registral*.

El tema vincula el nacimiento con la desaparición de la sociedad. Son las relaciones jurídicas más que las formas las que determinan la existencia e imputabilidad de la persona jurídica. Mientras tenga bienes u obligaciones a cumplir, incluso deudas a satisfacer, la persona jurídica no ha desaparecido. Y aquí *debe distinguirse entre aspectos formales de inscripciones y la realidad y existencia de las relaciones con bienes o terceros*. Es parte del tema de la crisis económico financieras patrimoniales de las sociedades. Un tema apasionante que trataremos de perfilar más adelante.

Hoy se superan los dogmatismos en torno a su naturaleza, relativizando las concepciones históricas en una nueva formulación de la ficción jurídica, que absorbe al realismo, poniendo el acento en la técnica de organización que asume cada legislación dejándola disponible a la autonomía privada conforme tipos elegibles. El centro de las apostillas es la personalidad de esos tipos hasta cumplirse la totalidad de los requisitos exigidos para generar efectos *erga omnes*²⁷. Generaliza un sistema general para el “Período fundacional es el tiempo durante el cual se continua la secuencia de los actos necesarios para la inscripción en el Registro Público”. Y en cuanto a responsabilidad, la fija en que administradores y fundadores responderán en la forma prevista en el art. 24 y ss. LGS, o sea, al igual que los de las simples sociedades. Una adecuada igualación, a cuyo alcance hemos ensayado oportunamente.

Concluimos que el reconocimiento de personalidad a la sociedad es “*erga omnes*” cuando la misma está inscrita en el Registro Público. Caso contrario su personalidad jurídica debe ser acreditada por quién la invoca. Por los socios entre sí o frente a terceros por la documentación suscripta, o la comunicación prevista en el art. 22. Por los terceros por esa misma prueba, y para todos eventualmente por cualquier medio de prueba conforme dispone -siguiendo la tradición- el art. 25 en la Sección IV. Si hubiera actuado, quizá la prueba más sencilla si lo hizo ajustándose a derecho, lo sea con la CUIT cédula única de identificación tributaria.

Se advertirá que en los casos que se requiere autorización estatal -bancos, seguros- la ley usa la expresión “funcionar” como limitativa, pero no por ello deja de reconocer la personalidad. La persona jurídica sociedad está constituida pero no puede operar en el mercado con la actividad sujeta a regulación o autorización.

III.3. Responsabilidad de sus miembros

“ARTÍCULO 143. Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. - Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este título y lo que disponga la ley especial”.

(27) Ibidem, p. 10: una vez que se hace distinción entre el concepto “Persona” y el concepto “Personalidad”; una vez que se advierte que se “es” Persona, pero que se “tiene” Personalidad, gran parte del problema queda solucionado.

Es el efecto de la división patrimonial, de la generación de un nuevo patrimonio. Se plasma así el efecto fundamental del reconocimiento de la existencia de una persona jurídica privada: quien reclame a la misma debe intentar satisfacer el daño del patrimonio de la persona jurídica. Sólo excepcionalmente podrá reclamarse a los miembros que la constituyeron, que pueden tener que responder conforme al tipo de persona jurídica que han constituido, lo que se advierte fácilmente en el caso de sociedades donde la elección va desde tipos con responsabilidad de sus miembros hasta otros que relativizan y condicionan cualquier reclamo de responsabilidad. Se generan centros diversos sobre el que los acreedores de la persona jurídica podrán pretender excluir a los acreedores individuales de los miembros. El concurso preventivo o quiebra de esa persona jurídica generará una masa invulnerable, ya que los acreedores personales de los titulares de participaciones en la concursada o fallida no podrán pretender derechos sobre esos bienes.

Sobre responsabilidad de sus miembros y administradores volveremos. Aunque adelantamos que esta norma permitiría sostener que los bienes de socios, incluso de los solidariamente responsables, no pueden ser agredidos mientras exista patrimonio social para responder. Hemos criticado las demandas laborales donde se demanda a la sociedad y socios sin acreditar previamente la inexistencia de patrimonio social para responder al reclamo²⁸.

No es diferente a lo previsto en el art. 56 LGS que sostiene que la sentencia contra la sociedad hace cosa juzgada frente a los socios, pero recién se podrá ejecutar contra ellos, conforme al tipo social, una vez excutidos los bienes de la sociedad. Se trata sin duda de responsabilidad solidaria pero subsidiaria. El riesgo se corre a través de la sociedad, y los socios, conforme el tipo social o -agregamos- en caso de culpa omisiva o activa, o dolo por responsabilidad civil, societaria o concursal, siempre en el caso que los bienes sociales no fueren suficientes. Estamos refiriéndolos a la insolvencia.

Estas previsiones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, e integrantes de sus órganos, no afecta el sistema de solidaridad pasiva. La sentencia hace cosa juzgada para todos los deudores solidarios, pero la acción procesal conjunta contra la sociedad, generadora de la obligación, y todos los demás obligados por disposiciones de garantía social -no voluntaria- atentan contra la buena fe y constituyen un abuso de derecho si la sociedad es solvente.

(28) RICHARD, Efraín Hugo. "Sociedades, incluso unipersonales, y responsabilidad de administradores y socios", en www.acaderc.org.ar y en *Revista de Derecho Laboral. El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, octubre 2015, tomo I, pp. 319-362.

III.4. Inoponibilidad de la personalidad. ¿Personas públicas?

“ARTICULO 144. Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

La llamada inoponibilidad de la personalidad es ahora regulada en el CCC, desprendiéndose en esta generalización de la formulación especial del art. 54 *in fine* LGS. Apunta exclusivamente a imputar y responsabilizar a socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, por los daños causados por la irregular actuación de ellos en relación a la persona jurídica. En la doctrina de EE.UU. se cuestiona la teoría del *disregard* por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de responsabilizar, llegando a sostener que no existen elementos esenciales diferenciadores entre esa teoría y de la presunción de responsabilidad por la *enterprise theory*. El abuso de técnicas personificadas comporta un sistema de responsabilidad o imputación propio de las relaciones de organización.

Esta norma es interesantísima. En el caso de sociedades ha generado el disenso sobre si se aplica el art. 54 *ter* LGS o esta norma. A nuestro entender el art. 150 CCC da respuesta a una integración. Recordémosla *“Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”*.

Algún disenso se ha generado sobre cuál norma se aplica a las sociedades, y no hay duda que debe darse prioridad a la del 54 *ter* LGS por corresponder a la ley especial conforme el art. 150 CCC, pero justamente este señala que *“en su defecto”* se aplicarán las normas del CCC. Y la redacción del art. 144 CCC supera deslices tales como *“mero recurso”* o *“se imputará directamente”*, por lo que a nuestro entender autoriza la aplicación integrativa.

Pero donde resulta importante esta norma, alejándose de las sociedades, es su aplicación a las personas jurídicas públicas, pues no hay exclusión como en el art. 142 CCC, y no es para reclamar al Estado, sino para que el Estado o terceros puedan reclamar a altos funcionarios públicos, controlantes directos o indirectos, hayan violado la ley y generado daño²⁹.

(29) RICHARD, Efraín Hugo. *“¿Es el art. 144 CCC una herramienta para responsabilizar a funcionarios públicos?”*, en VEIGA, J.C. - PADILLA, R. (DIRS.), SAHIÁN, J.H. (Coord.) *Homenaje del Instituto Noroeste de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba al Presidente Honorario*

El CCC sancionado como Ley 26994, como así también la anterior Ley 26944 llamada de Responsabilidad del Estado, incurren en una confusión (deliberada o no) de agrupar de una manera simplista, bajo la denominación de “responsabilidad del estado o de los funcionarios públicos”, cuestiones que exigen un método de análisis de los distintos supuestos posibles, y de los diversos ordenamientos jurídicos que se ven afectados.

Sin este necesario análisis y tarea adicional de precisión temática, se viola la Constitución Nacional, los Tratados internacionales suscriptos por la República Argentina, con vigencia operativa en todo su territorio (Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y las leyes, entre las que adquiere significativa relevancia el nuevo CCC y sus normas específicas en cuanto confirmen y resguarden derechos impuestos por la Carta Magna). Si la conducta del agente contraría una norma y en consecuencia es una conducta ilícita, y de este obrar u omisión, deriva un daño patrimonial para el estado o un particular, administrado o usuario, nace una responsabilidad indemnizatoria que se rige por el sistema jurídico que tutela el derecho de propiedad de rango constitucional y convencional internacional. El tema de la responsabilidad no puede sustraerse del CCC, conforme su art. 1716, a Códigos Administrativos o Contencioso administrativos provinciales o municipales, generando recaudos especiales para reparar el daño, pues se violaría el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, con lo que concordó en su disertación inaugural de las Jornadas de Academias de Derecho Argentinas el Profesor Emérito Dr. Julio Altamira, ex Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

El derecho de daños no puede ser limitado por normas provinciales.

En esta interpretación³⁰ que refiere específicamente a la responsabilidad de los funcionarios públicos, frente a la ilegitimidad de determinados actos u omisiones en el ejercicio del cargo o función, deberán ser sometidas al control judicial de los tribunales, civiles, penales o en lo contencioso administrativo, conforme sea la fuente legal que contemple la conducta reprochable o sea el ordenamiento legal que resulte de aplicación de manera expresa o por vía de interpretación e integración jurisprudencial determinará la competencia judicial del caso. La ley aplicable será la determinante de la jurisdicción. El presupuesto es la existencia del daño y su conexidad a un obrar ilícito, arbitrario, de funcionarios públicos con poder de decisión. El Poder Ejecutivo Nacional reiteró en el Dto. 1096/2015 el intento de blindar a sus miembros que integren órganos de personas jurídicas de las acciones de responsabilidad previstas en la LGS, sobre lo que nos cabe el mismo comentario.

prof. dr. Julio I. Altamira Gigena, San Miguel de Tucumán 2021, al n° 22 de la versión electrónica, libro en prensa.; y “Responsabilidad de funcionarios públicos y la reforma del Código Civil, en *Revista de la Facultad de Derecho*, U.N.C. Vol. X, N° 1 (2019) pp. 1-16.

(30) Sostenida con el Profesor Emérito U.N.C. Dr. José Luis PALAZZO, en “El art. 144 del Código Civil y Comercial (inoponibilidad de la personalidad jurídica)”, publicado en *La Ley* año LXXX N° 54, 2016-B, diario del lunes 21 de marzo de 2016.

Esta situación se potencia en el caso de actividad ilícita de la sociedad, sancionada ejemplarmente por el art. 19 LGS.

Sobre aspectos de la inoponibilidad de la personalidad jurídica Jesús Alfaro Águila Real señala³¹: “Es aconsejable leer algo sobre la responsabilidad limitada de las personas jurídicas corporativas para introducirse en el tema, antes de abordar el estudio de esta doctrina. Las sociedades tienen personalidad jurídica independiente de la personalidad de los socios en el sentido de que, a través de la sociedad, *los socios crean un patrimonio separado del individual de cada uno de ellos y actúan unificadamente en el tráfico*, esto es, como si el grupo fuera un individuo y, por lo tanto, se pueden imputar derechos y obligaciones al patrimonio/grupo unificado. Estos derechos y obligaciones no son, sin más, derechos individuales de los socios. *Decir que el grupo tiene personalidad jurídica significa que el grupo ha generado un patrimonio separado del patrimonio personal de cada uno de los miembros individuales del grupo*. Pero esto es una forma de hablar. Es obvio que los derechos y las deudas que forman ese patrimonio separado no dejan de ser derechos y deudas de los socios y, por eso, puede decirse que *las personas jurídicas son centros de imputación provisional* (o, en otras palabras, *centros de distribución de derechos y obligaciones*) a diferencia de los individuos que son centros de imputación o atribución definitiva. Son los socios los sujetos pasivos de las deudas sociales y son los socios los titulares de los bienes que integran el activo social. A conclusiones similares se llega desde una concepción contractualista de la personalidad jurídica que se utiliza para explicar el sentido de la responsabilidad limitada. Generalizando esta concepción, puede afirmarse que la utilización de una persona jurídica no sería sino una forma de incorporar al contrato que un grupo celebra *uti universi* con terceros el Derecho de sociedades aplicable a la personalidad jurídica que les permite actuar conjuntamente. Cuando la persona jurídica titular del patrimonio separado tiene estructura corporativa y goza de responsabilidad limitada, la separación se convierte en *aislamiento*, esto es, incomunicación entre el patrimonio separado y el patrimonio personal de los socios. En este contexto, “levantar el velo” de la persona jurídica significa, en términos técnicos, *prescindir o inaplicar el principio de separación entre el patrimonio de la persona jurídica y el de sus miembros*, bien imputando a los miembros conductas realizadas por la persona jurídica, bien extendiendo a los miembros la responsabilidad por actos realizados por la persona jurídica. Hay, pues, casos de: *imputación* donde lo que sucede es que la ley o el juez identifican limitadamente a la persona jurídica con los sujetos titulares de la misma (en ambos sentidos) y supuestos de *extensión de responsabilidad* a los socios o casos en los que, a pesar de que no existe relación jurídica directa entre un tercero y los socios de la sociedad, se hace responsables a éstos frente a aquél (...).” Cita a la jurisprudencia norteamericana: “son casos (In Hystro Products, Inc. v. MNP Corp., 18 F.3d 1383, 1390 (7th Cir. Nos. 12-1351,

(31) AGUILA REAL, Alfaro “Lecciones: Personalidad jurídica y levantamiento del velo” (i), *Almacén de Derecho*, 17 de noviembre de 2015.

12-14303 1994)) en los que, si no se extendiera la imputación a los socios, se estaría enriqueciendo injustamente a una de las partes de un contrato o se permitiría a la sociedad matriz, que generó la responsabilidad de la filial y fue la causa de la incapacidad de la filial para cumplir con esas obligaciones, escapar a su responsabilidad o se permitiría a los antiguos socios ignoren sus obligaciones o aceptar las operaciones de ingeniería societaria 'to keep assets in a liability-free corporation while placing liabilities in an asset-free corporation'."

El abuso en esos casos, como también en la sociedad con biplurilateralidad constitutiva y funcional, permite aplicar el sistema de la llamada "inoponibilidad de la personalidad jurídica" –que en forma alguna afecta a la persona jurídica-, permitiendo imputar o responsabilizar a los abusadores (socios o controlantes)³². La personalidad jurídica subsiste salvo supuestos de sociedad ficticia o confusión patrimonial absoluta que impondría liquidación y responsabilidad. El instituto sólo altera las reglas de imputación y/o de responsabilidad. Imputación cuando se trata de soslayar el cumplimiento de una obligación, y responsabilidad cuando se trate de reparar un daño³³. La desestimación en sentido estricto implica el desconocimiento del principio de división (separación o escisión) patrimonial entre la sociedad y los socios o los terceros controlantes, pero normalmente es usado en sentido lato, eliminando las limitaciones de responsabilidad de los socios fijados por el tipo societario o de imputabilidad por las formas societarias. En este sentido se usa en el derecho americano la expresión *disregard of the legal entity*³⁴. La expresión "descorrer el velo", usado técnica y popularmente, es superadora.

En la doctrina de EE.UU. se cuestiona la teoría del *disregard* por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de responsabilizar, llegando a sostener que

(32) Inf. España, p. 102: III.6. Una consecuencia de la "regularidad" de la persona jurídica: los "límites" de la personalidad ficta y el "levantamiento del velo". III.6.1. *Levantamiento del velo de la personalidad jurídica e interpretación teleológica de las normas que tutelan el reconocimiento de la personalidad*. A la vista de todas las circunstancias expuestas, parece evidente que la personalidad jurídica solamente puede concebirse como algo externo, ficticio y esencialmente dotado de límites intrínsecos, de forma que no pueda prevalecer sobre la Persona Humana, en aquéllos casos en los que o bien no conviene llevar a cabo esa referida unificación de actos y titularidades; para lograr un régimen de imputación colectiva singularizada y "separada" de relaciones jurídicas (...) o bien, alternativamente, (...) emprendiendo una lucha contra aquellos supuestos de "deformación" de la Personalidad jurídica, que ha sido "utilizada para fines que el Ordenamiento no puede, o mejor dicho, no debe proteger".

(33) RICHARD, Efrain.Hugo. "Inoponibilidad de la persona jurídica. Imputabilidad y Responsabilidad", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 2008-3, pp. 191-246.

(34) La Court of Appeal for the Fifth Circuit, con fecha 29 de enero de 1990, sostuvo que el recurso de la personalidad jurídica no puede ser superado para afirmar la responsabilidad de la sociedad controlante en relación a los costos relativos a la bonificación de un área en la que actúa una sociedad totalmente controlada (...). A criterio de la Corte el superamiento del recurso de la personalidad jurídica debe ser limitado a la situación en la que la forma de la sociedad PERSONIFICADA es usada como una función preordenada a un fin fraudulento o al efecto de no incurrir en responsabilidad personal (cfr. *Corporate Veil Cannot Be Pierced To impose Superfund Liability On Parent*, in *Securities Regulation, Law Reports*, vol. 22, 2 febbraio 1990, p. 158 y ss.).

no existen elementos esenciales diferenciadores entre esa teoría y de la presunción de responsabilidad por la *enterprise theory*. Consideramos que el abuso de técnicas personificadas comporta un sistema de responsabilidad o imputación propio de las relaciones de organización.

Nuevos horizontes se plantean a través de las prácticas grupales generando fondos operativos comunes y de administración centralizada o descentralizada -*cash pooling*-³⁵, cuyo uso indebido puede dar lugar a impugnables modalidades de *leverag buy out* o apalancamiento financiero.

Vinculado a este descorrimento del velo y en orden a la sociedad creada por declaración unilateral de voluntad, apuntamos que son importantes las reflexiones sobre la personalidad que se dan para justificar la voluntad de una persona para crear una sociedad en los Fundamentos del Anteproyecto. La Comisión de Reformas -Kemelmajer, Highton y Lorenzetti- aceptó la posición de la subcomisión, expresándose así: “2). *Sociedad unipersonal. Se recepta la sociedad de un solo socio. La idea central no es la limitación de responsabilidad, sino permitir la organización de patrimonios con empresa -objeto-, en beneficio de los acreedores de la empresa individual de un sujeto con actividad empresarial múltiple. En esto se han seguido, con alguna innovación, los lineamientos de anteriores Proyectos de Unificación, y la línea general propiciada por la doctrina. La Comisión consideró conveniente dejar esta norma en el ámbito societario y no incluirla como norma general en materia de personas jurídicas, como también se propuso. La razón fundamental es que se trata de un fenómeno fundamentalmente societario y no se da en las asociaciones, fundaciones u otras personas jurídicas privadas que no son sociedades comerciales. También se ha considerado conveniente limitar la cuestión a una norma permisiva, dejando librado a la iniciativa privada el resto de los desarrollos. Por ello, se ha omitido una regulación más detallada, que podría obstaculizar la utilización del instituto. Además, cabe tener en cuenta que la mayoría de los problemas que se pueden presentar tienen solución con las reglas generales”.*

Sobre personalidad, responsabilidad y sociedad de un solo socio aconsejamos asistirse con la lectura del libro de Daniel Roque Vitolo de reciente aparición intitulado *Las sociedades unipersonales en el derecho privado*³⁶, donde agota la cuestión.

3.5. Clasificación de las personas jurídicas. públicas y privadas. Delimitación de las privadas. El consorcio de propietarios

SECCIÓN 2ª. Clasificación.

(35) VALDÉS PONS, Silvia. *El contrato de cash pooling en los grupos de sociedades. Aspectos contractuales, societarios y concursales*, Ed. Aranzadi, Thompson Reuters, Pamplona, España, 2021.

(36) Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2021. El autor tiene a bien dedicarnos el libro y luego, reiterando, el prólogo de su tesis doctoral en la Universidad Nacional de Córdoba -2019- apunta al rol que desempeñamos como Directores.

ARTICULO 145. *Clases. Las personas jurídicas son públicas o privadas (...)*³⁷

ARTICULO 146. *PERSONAS JURÍDICAS PÚBLICAS. Son personas jurídicas públicas:*

- a) *El Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter.*
- b) *Los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable.*
- c) *La Iglesia Católica.*

ARTICULO 147. *Ley aplicable. Las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia por las leyes y ordenamientos de su constitución.*

ARTICULO 148. *Personas jurídicas privadas. Son personas jurídicas privadas: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles, c) las simples asociaciones, d) las fundaciones, e) las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f) las mutuales; g) las cooperativas; h) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.*

Se advierte el efecto omnicompreensivo ante la continua aparición de nuevas manifestaciones de centros de imputación personificados. Al elenco del derogado art. 33 CC se agregan las simples asociaciones, las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas, las mutuales, las cooperativas, el consorcio de propiedad horizontal y toda otra contemplada en este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento. Nos permitimos apuntar que la calidad de persona jurídica deberá ser expresa y no presumida de su finalidad y normas de funcionamiento.

La personificación no tiene una base realista u ontológica, sino exclusivamente normativa en orden a las personas jurídicas privadas. Véase como se omite al fideicomiso y se introduce el consorcio como tal, lo que ha generado algunas perplejidades.

La conceptualización sobre la persona jurídica es tema que requiere la adecuada comprensión de las relaciones de organización asociativas como género propio de la cooperación y colaboración y, dentro de ellas la tipicidad de la sociedad como persona jurídica³⁸.

La cuestión central sigue estando alrededor de las manifestaciones jurídicas que permiten predicar la existencia de un centro de imputación diferenciado, con simplificación de relaciones, determinando cuándo hay personalidad y los rasgos

(37) Recuérdese lo que hemos analizado al referirnos al art. 144 CCC.

(38) RICHARD, Efraín Hugo. "Notas en torno a personalidad jurídica", cit., p. 407.

que la definen, con el objetivo de atender al marco normativo de cada país³⁹. Se parte del concepto de sujeto de derecho que es aquel a quien la ley reconoce aptitud para ser titular de relaciones jurídicas, sean individuales o colectivos, como técnica legal de simplificarlas.

El pensamiento se inclina hacia el reconocimiento normativo, y la diferenciación gira en torno a la necesidad o no de considerar la preexistencia de un dato extranormativo para configurar la persona jurídica y la consiguiente atribución de personalidad. Ello implica una decisión de técnica jurídica y concreción legislativa⁴⁰. Nos hemos ocupado⁴¹ sobre la personalidad como categoría normativa, mediante la cual se articula un centro de imputación con capacidad jurídica.

Podríamos señalar que doctrinariamente “parece” más persona jurídica un fideicomiso que un consorcio de propietarios. Cuál es el patrimonio de esta nueva persona jurídica -debatida antes en doctrina y jurisprudencia-, los bienes registrables son de los propietarios -salvo que se hubiera separado a nombre del consorcio el departamento del portero o locales de renta-, pero el único bien es dinerario: las expensas comunes, inclusive las extraordinarias que se impongan para satisfacer pasivos contractuales o extracontractuales.

“ARTICULO 149. Participación del Estado. La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto

(39) JUNYENT BAS, Francisco Alberto - RICHARD, Efraín Hugo “Acerca de la persona jurídica. A propósito de los debates sobre su conceptualización y otros aspectos derivados de ello”, en libro colectivo *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927 - 1937 - 1961 - 1969)*, Edición Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009 (4 tomos) tomo 1 p. 455, y “Aristas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria (y la responsabilidad de administradores societarios),” en *Temas de Derecho societario vivo* de AAVV, Ed. Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Buenos Aires 2007, p. 105 y ss.

(40) El informe oficial en ese Congreso de Academias lo referimos como “Inf. España”. P.74: Ahora bien; en todo caso, siempre hay que tener presente la distinción entre “*ser persona*” y “*tener personalidad*”; distinción que -entre otros aspectos- trae consigo una consecuencia importantísima: cuando menos, en el caso de las sociedades mercantiles y personas jurídicas de Derecho privado, la personalidad jurídica que se “*tiene*”, nunca es algo *inmanente* al ente de quien se predica.

(41) RICHARD, Efraín Hugo. “Persona jurídica y tipicidad”, Ponencia a las Jornadas nacionales sobre la unificación de las obligaciones civiles y comerciales, Buenos Aires, 1986; “Persona jurídica, empresa, sociedad y contratos asociativos en la unificación del derecho privado,” en *Conferencia internacional sobre la unificación del derecho privado argentino*, San Miguel de Tucumán, 1987; “Personalidad de las sociedades civiles y comerciales, tipicidad e inoponibilidad de la personalidad jurídica como extensión de la responsabilidad de socios o controlantes en el derecho argentino”, *Rev. de derecho mercantil*, nos. 193-194, Madrid, 1989; “Personalidad jurídica y concepto de sociedad” y “la contraposición contractual entre persona jurídica y persona física del proyecto de unificación, comunicaciones a las III Jornadas de derecho civil y comercial de La Pampa, abril de 1991 (Comisión I sobre personalidad jurídica);” “La persona jurídica en la evolución contemporánea en separata de *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. XXV, p. 81 y ss., “La personalidad jurídica en las sociedades comerciales ponencia a las XII Jornadas nacionales de derecho civil, Bariloche, 1989.

pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación”.

No hace sino reconocer lo que hoy resulta de las normas de la sociedad con participación estatal o de las sociedades resultantes de las privatizaciones del año 90 que contenían ciertas previsiones sobre el rol del Estado, que paradójicamente no fueron usadas para asegurar el normal funcionamiento de esas sociedades, o el fenómeno de las participaciones de ANSES -al eliminarse la privatización de los fondos de retiro- que generó no pocos conflictos en torno a asientos en el directorio o reparto de utilidades.

Son a su vez las sociedades de economía mixta. La norma permitiría interesantes desarrollos de políticas de estado eficientes, pues su aplicación hasta ahora ha dado lugar a actuaciones ineficientes cuando no ilícitas.

Impone el recuerdo del Dto. 196/2015 que referimos al tratar la inoponibilidad.

III.6. Orden normativo

ARTICULO 150. *Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a) Por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades.*

Esta norma es la clave de bóveda de la integración del sistema de crisis de las sociedades, desnaturalizado por la costumbre *contra legem* de los procesos concursales de sociedades, donde se transfiere la obligación de los socios de soportar las pérdidas a los acreedores.

Dos referencias importantísimas. Lo primero es que reconoce expresamente el contenido de normas imperativas en la ley especial, anticipando nuestro criterio que son todas aquellas -incluso en este régimen general- que tutelan los derechos de terceros, de la propia sociedad y de los socios, frente a acciones de administradores o mayorías permanentes u ocasionales. En tal sentido las que aseguran la representación orgánica y la consistencia patrimonial o imponen la liquidación *in bonis*, con activo suficiente para satisfacer el pasivo -que es la llamada función de garantía del capital social, aunque quizá deberíamos hablar de infrapatrimonialización-⁴².

(42) “El capital social -como está planteado en la LSC- es una cifra de retención y ello es lo que realmente constituye la garantía de terceros, por lo que, si los socios o accionistas vulneran esta garantía, su responsabilidad ya no será limitada y responderán más allá del capital aportado (...)”.

Por otra parte, hacer notar la imposición a todas las personas jurídicas que se constituyan en el extranjero a cumplir las normas de publicidad que les exige la ley de sociedades⁴³, poniéndolas correctamente en igualdad de condiciones con las sociedades constituidas en nuestro país, para operar, ser demandadas o actoras en juicios.

Esta norma es fundamental para determinar las normas aplicables. La ley específica con sus normas imperativas no puede ser soslayada, salvo expresas modificaciones. A nuestro entender viene en aclarar la preminencia, por ejemplo, en caso de concurso de sociedades, de las normas de la LGS sobre las de la LCQ. Es el centro de la estructuración del sistema de crisis de sociedades.

Se ha cuestionado la expresión “en su defecto”, pero la misma permite interpretar a qué socios refiere la responsabilidad marcada por el art. 99 LGS, que es debidamente aclarada en el art. 167 *in fine* CCC que relacionaremos.

A su vez, sirve para integrar el art. 54 *ter* LGS con el 144 CCC como sostuvimos.

Las normas imperativas de LGS y del CCC en su totalidad no pueden ser modificadas, hacen particularmente a la tipificación de la relación societaria y a las normas de responsabilidad frente a terceros. Ninguna norma de otra ley puede dejarlas sin efecto o alterarlas.

3.7. Previsiones exclusivas para persona jurídica privada. su identificación

“SECCION 3ª. Persona jurídica privada...”

Parágrafo 1. Atributos y efectos de la personalidad jurídica.

ARTÍCULO 151. *Nombre. La persona jurídica debe tener un nombre que la identifique como tal, con el aditamento indicativo de la forma jurídica adoptada. La persona jurídica en liquidación debe aclarar esta circunstancia.*

El nombre debe satisfacer recaudos de veracidad, novedad y aptitud distintiva, tanto respecto de otros nombres como de marcas, nombres de fantasía u otras formas de referencia a bienes o servicios, se relacionen o no con el objeto de la persona jurídica.

No puede contener términos o expresiones contrarios a la ley, el orden público o las buenas costumbres, ni inducir a error sobre la clase u objeto de la persona jurídica. La inclusión en el nombre de la persona jurídica del nombre de persona humana requiere la conformidad de éstas, que se presume si son miembros. Sus herederos pueden oponerse a la continuación del uso, si acreditan perjuicios materiales o morales.

El nombre es fundamental para facilitar la imputación de actos a una sociedad, aunque no concluyente por la posibilidad de similares incluso iguales nombres

CNCom., Sala F, mayo 13 de 2014 en la causa “Victor Carballude SRL sobre quiebra, que consideramos más extensamente más adelante.

(43) RICHARD, Efraín Hugo. “Notas en torno a personalidad jurídica”, en *Libro del VII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica y Filipinas*, cit., p. 407.

en distintas Provincias, lo que aconseja que existiera un único Registro de base informática de fácil consulta general, aunque se mantuviera el anacrónico pero constitucional de registros provinciales.

Es un tema en relación a la sociedad de hecho, que si hubiera actuado legalmente debería identificar en la CUIT.

ARTÍCULO 152. *Domicilio y sede social. El domicilio de la persona jurídica es el fijado en sus estatutos o en la autorización que se le dio para funcionar. La persona jurídica que posee muchos establecimientos o sucursales tiene su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos sólo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas. El cambio de domicilio requiere modificación del estatuto. El cambio de sede, si no forma parte del estatuto puede ser resuelto por el órgano de administración.*

ARTÍCULO 153. *Alcance del domicilio. Notificaciones. Se tienen por válidas y vinculantes para la persona jurídica todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta.*

Nos hemos referido ya a las sociedades no inscriptas, que teóricamente deberían reconocerse en el acto de realizar negocios jurídicos con la misma, conforme disponen los arts. 21 y ss. LGS, y conforme a ello establecer el domicilio, eventualmente el especial, para practicar notificaciones y cumplir el negocio.

3.8. Patrimonio y duración

ARTÍCULO 154. *Patrimonio. La persona jurídica debe tener un patrimonio.*

La persona jurídica en formación puede inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrales.

El punto se conecta con el art. 38 LGS y la inscripción directa a nombre de la sociedad, lo que ha dado lugar a discusiones doctrinales y problemas operativos, que se habrían solucionado en la nueva normativa de la sección IV de la LGS, respetando la escisión patrimonial.

La personalidad es una cualidad jurídica -una ficción legal⁴⁴-, que requiere un sustrato real⁴⁵ -previsto por la norma-, pues ninguna cualidad puede existir por sí

(44) Inf. España, p. 27 (...) tampoco se puede sostener que la Persona Jurídica sea una simple ficción, o mejor dicho, y- para ser más precisos- que sea una simple ficción "verbal". Ciertamente, la Persona Jurídica es una ficción, pero se trata de una verdadera ficción "jurídica", y no un mero "flatus vocis"; no se trata de un simple mudar las palabras, para describir un mismo fenómeno. Muy por el contrario, si una ficción jurídica es la noción que designa el procedimiento de la técnica jurídica mediante el cual, por ministerio de la Ley, "se toma por verdadero algo que no existe o que podría existir, pero se desconoce, para fundamentar en él un derecho, que deja de ser ficción para conformar una realidad jurídica", entonces no cabe la menor duda de que esto es lo que sucede con la Persona Jurídica; con la personalidad jurídica de Derecho privado, de las sociedades y fundaciones mercantiles (...) y -sobre todo- dotado de una propia aptitud para ser centro de imputación de relaciones jurídicas.

(45) Como lo expresa la exposición de motivos adhiriendo a la tesis de la realidad jurídica: "Se declara expresamente la calidad de sujeto de derecho que la sociedad reviste, si bien se precisa que

misma, sino como atributo o carácter de alguna cosa o sustancia. Lo real aquí es el sustrato: una escisión patrimonial derivada de una persona física o jurídica por su decisión de organización conforme un ente personificado por ley.

Comparando fundación y fideicomiso se advierten las posibilidades de los recursos técnicos “personificar” o “patrimonializar”, que corresponden a una decisión de política jurídica, ajena a cuestiones ontológicas. Para el derecho privado patrimonial negocial, el legislador de cada país ha generado un cierto catálogo para las relaciones de organización -con cierta inteligencia- para cuando el negocio deba tener ciertos efectos respecto de terceros. Si bien puede ser distinto para cada país, guarda cierta lógica conforme a la complejidad de la organización o negocio que se intente. La autonomía de la voluntad de quienes formalizan la organización les permite elegir el tipo de estructura que viene dotada o no de personalidad jurídica. Se atiende así a aquellas relaciones⁴⁶, en cuanto exista un patrimonio individualizado -elemento real- afectado a una actividad y centro de relaciones múltiples, capaz de generar beneficios, pero también pasivos.

El centro imputativo se genera a través de técnicas de personificación o patrimonialización. El fideicomiso genera límites a la imputabilidad⁴⁷ formando un patrimonio especial, sólo alcanzado por las obligaciones que para su administración y

ella guarda el alcance fijado en la ley. En este particular se adopta la más evolucionada posición en punto a la personalidad jurídica y, de este modo, la sociedad resulta así no sólo una regulación del derecho constitucional de asociarse con fines útiles y una forma de ejercer libremente una actividad económica, sino que constituye una realidad jurídica, esto es no una ficción de la ley reñida con la titularidad de un patrimonio y demás atributos propios de la personalidad como el domicilio, el nombre, la capacidad, ni una realidad física, en pugna con una ciencia de valores. Realidad jurídica que la ley reconoce como medio técnico para que todo grupo de individuos pueda realizar el fin lícito que se propone (...). Lo expresado justifica el mantenimiento del precepto aun ante el nuevo texto del art. 39 del Código Civil (...).”

(46) Inf. España, p. 48: Y si, de acuerdo con el R.A.E., “organización” significa tanto la “acción y efecto de organizar u organizarse” [¡qué forma verbal reflexiva tan sugerente!], como “conjunto de personas con los medios adecuados que funcionan para alcanzar un fin determinado”. Y si -a su vez- “organizar” significa “establecer o reformar algo, para lograr un fin, coordinando los medios y personas adecuados”, o bien “disponer y preparar un conjunto de personas, con los medios adecuados para lograr un fin determinado”, resulta obvio que las normas que componen el Derecho de sociedades se muestran, primeramente, como reglas al servicio de una técnica de organización -o de “organizaciones”, por lo general, legalmente predisuestas-, tanto en el plano externo; empresarial, e incluso supraempresarial [así lo demuestra el régimen jurídico de los grupos de sociedades, y, en general, el régimen de la concentración económica], como interno. En este sentido, el Derecho de sociedades pretende -ante todo- proporcionar pautas para la conformación de *organismos* jurídicos -que son también, al mismo tiempo, unidades económicas productivas- (...). El Derecho de sociedades posee un evidente sentido instrumental: constituye un instrumento al servicio de los particulares, cuyo sentido es el de potenciar y ampliar las actividades económicas individuales, lo cual -en mi opinión- también se da en el caso de las sociedades unipersonales.

(47) BONO, Gustavo Alejandro. “Fideicomiso”, en *Ley 24.441*. Alveroni, Córdoba, p. 12 y ss., especialmente, p. 27.

explotación contraiga el fiduciario⁴⁸. No generaría efectos disímiles el uso del recurso técnico de la personificación. Fuentes, y particularmente el derecho más moderno considera a los patrimonios autónomos como “una masa de bienes afectados a un fin determinado e investido de personalidad jurídica”⁴⁹. Será fruto de una concepción dogmática que se recurra al patrimonio de afectación, disgregándolo de su titular (fideicomiso) o se cree un ente distinto a fin de afectar determinados bienes a un fin (fundación). La fundación alcanza ciertas características similares a las del fideicomiso por falta de contenido humano, con afectación de bienes para un fin, pero con técnica de personificación⁵⁰.

Correlativamente en el Título 3 “Bienes”, su capítulo 2 destinado a la “Función de garantía” en su art. 242 regla “Garantía común. Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores (...)”.

El punto conecta a su vez con el capital social fundacional, que de no establecer la ley un “capital mínimo”, debería quedar a la discreción de los fundadores, bajo el riesgo de ser responsabilizados si constitutivamente o *a posteriori* la sociedad quedara infrapatrimonializada y generara daño a terceros.

ARTÍCULO 155. *Duración. La duración de la persona jurídica es ilimitada en el tiempo, excepto que la ley o el estatuto dispongan lo contrario.*

Las sociedades deben ser a plazo de duración, a cuyo término se genera una causal de disolución, removible por acuerdo de socios. Las sociedades simples del art. 21 y ss. LGS tienen un procedimiento expreso para salvar esa situación.

Pero aún en el caso de vencimiento del plazo debemos recordar que la persona jurídica se extingue cuando se han satisfecho todas sus obligaciones, activas y pasivas.

ARTÍCULO 156. *Objeto. El objeto de la persona jurídica debe ser preciso y determinado.*

Se ha intentado vincular el objeto a la capacidad de la persona jurídica, pero lo hemos limitado a un problema de legitimación, vinculado al art. 59 LGS. Los estatutos sociales suelen hacer largas enumeraciones como si se refirieran al objeto social, cuando en realidad es una enumeración normalmente inoficiosa de actividades

(48) Solución adoptada por la mayoría de las legislaciones latinoamericanas: arts. 14 primera parte y 15 ley argentina n° 24441, arts. 1227, 1233 y 1238 del Código de Comercio de Colombia, y art. 2 Ley de Fideicomisos de Venezuela.

(49) Arts. 80 a 89 del B.G.B. A su vez el Código Civil de Quebec de 1991 acepta bienes objeto de “una afectación”, título VI del libro IV “Ciertos patrimonios de afectación, en dos capítulos que tratan respectivamente de la fundación y del fideicomiso.

(50) Fundación “Organización para la realización de determinados fines reconocida como sujeto de derecho y que no consiste en una unión de personas”, definición de Ennecerus que recuerda BUSSO, Eduardo. *Código Civil Anotado*, Buenos Aires 1944, tomo I, p. 228.

que puede realizar la representación orgánica. A su vez el tema se vincula a si esa precisión y determinación excluyen la posibilidad de objeto plural, inclinándonos por su permisión al no existir una norma impeditiva.

3.9. Sobre la funcionalidad

Parágrafo 2° Funcionamiento.

ARTICULO 157. *Modificaciones del Estatuto. El estatuto de las personas jurídicas puede ser modificado en la forma que el mismo o la ley establezcan.*

La modificación del estatuto produce efectos desde su otorgamiento. Si requiere inscripción es oponible a terceros a partir de esta, excepto que el tercero la conozca.

ARTICULO 158. *Gobierno, Administración y fiscalización. El estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de la persona jurídica.*

En ausencia de previsiones especiales rigen las siguientes reglas:

- a) Si todos los que deben participar del acto lo consienten, pueden participar en una asamblea o reunión del órgano de gobierno, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta debe ser suscripta por el Presidente y otro administrador, indicándose la modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias de acuerdo al medio utilizado para comunicarse.*
- b) Los miembros que deban participar en una asamblea, o los integrantes del consejo, pueden autoconvocarse para deliberar, sin necesidad de citación previa. Las decisiones que se tomen son válidas, si concurren todos y el temario a tratar es aprobado por unanimidad.*

Se advertirá que no exige unanimidad en las decisiones sino en la formulación del orden del día, lo que configura la asamblea general del derecho comparado. Acepta la reunión a distancia, la autoconvocación, discutida en el derecho societario y que en más debe ser aceptada conforme al principio del art. 150 CCC.

Se trata nada menos de la decisión de todos los que componen el órgano de gobierno, cuya voluntad intentaría ser enervada por el órgano de gobierno, incluso para evitar ser removido.

En cuanto a la diferencia entre decisiones unánimes autorizadas en este régimen especial por la LGS, y la del CCC de existir ese consenso sólo para determinar el orden del día, la prolijidad formal debe llevar a que quede expresada claramente en el acta la decisión unánime sobre los puntos a tratar con la aceptación de que ellos puedan ser resueltos por las mayorías correspondientes. La teoría de los actos propios disipa cualquier cuestionamiento posterior a lo resuelto, donde obviamente se debe asegurar el debate ante criterios contrapuestos.

ARTICULO 159. *Deber de lealtad y diligencia. Interés contrario. Los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia. – No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si en determinada operación los tuvieran por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación. – Les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica.*

ARTÍCULO 160. *Responsabilidad de los administradores. Los administradores responden en forma ilimitada y solidaria frente a la persona jurídica, sus miembros y terceros, por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión.*

Estamos frente a normas imperativas para la organización y legitimación de la persona jurídica. Los arts. 159 y 160 CCC son congruentes con los arts. 58 y 59 LGS⁵¹, y en cuanto a la responsabilidad de la persona jurídica privada. Fija un criterio general para poder exigir a los administradores la satisfacción de los perjuicios generados, a favor de la persona jurídica, sus miembros e inclusive frente a terceros por los daños causados culposa o dolosamente en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, en forma similar a lo previsto en el derogado art. 43 CC, derivado ello de acciones u omisiones del deber de lealtad y de la diligencia con que debe ejercitar sus funciones ante la falta de voluntad propia al tratarse de una persona jurídica.

El art. 358 CCC tipifica la representación orgánica como aquella que corresponde a una persona jurídica. Los órganos son *“aquellas personas físicas o aquella pluralidad de éstas a las que la ley facultad para decidir sobre los asuntos sociales, manifestando la voluntad de la sociedad para desenvolver en general la actividad de ésta”*⁵².

Se delimita así la responsabilidad hacia quienes ejercen la representación orgánica de las personas jurídicas, forjada en la lealtad y diligencia, y cuya omisión genera responsabilidad, fundada en los referidos artículos 159 y 160 CCC, equivalentes a los arts. 58 y 59 LS.

La legislación impositiva deriva responsabilidad a los órganos de administración y fiscalización por las obligaciones fiscales de la persona jurídica, conforme arts. 6, 7 y 8 de la ley 11683, imponiéndoles una atípica solidaridad, obligados a pagar los tributos de la misma con los fondos que administran, perciban o que dispongan, liberándose sólo si acreditan que no dispusieron de dichos fondos. El art. 143 CCC

(51) RICHARD – MUIÑO, *Derecho Societario*, cit.

(52) GARRIGUEZ, Joaquín – URÍA, Rodrigo. Comentarios a la ley de sociedades anónimas, tomo I, Madrid 1953, p. 498; BARREIRO, Marcelo C. “Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en DUPRAT, D.A.J. (Dir.) *Tratado de los conflictos societarios*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, tomo I p. 159.

impone una reflexión sobre el ejercicio de esas acciones cuando la sociedad esta patrimonialmente bien dotada para satisfacer esas obligaciones.

Sobre la responsabilidad de administradores volveremos al referirnos a causales de disolución, liquidación y viabilidad económica de la sociedad, al deber de prevenir el daño.

ARTICULO 161. *Obstáculos que impiden adoptar decisiones. Si como consecuencia de la oposición u omisiones sistemáticas en el desempeño de las funciones del administrador, o de los administradores si los hubiera, la persona jurídica no puede adoptar decisiones válidas, se debe proceder de la siguiente forma:*

- a) *El presidente, o algunos de los coadministradores, si los hay, pueden ejecutar los actos conservatorios;*
- b) *Los actos de ejecución deben ser puestos en conocimiento de la asamblea que se convoque al efecto dentro de los diez días de comenzada su ejecución;*
- c) *La asamblea puede conferir facultades extraordinarias al presidente o a la minoría, para realizar actos urgentes o necesarios también puede remover al administrador.*

Se advertirá que las facultades se conceden al Presidente o a la minoría, y la convocatoria a asamblea puede ser vinculada al art. 158 CCC.

ARTICULO 162. *Transformación. Fusión. Escisión. Las personas jurídicas pueden transformarse, fusionarse o escindirse en los casos previstos por este Código o por la ley especial.*

En todos los casos es necesaria la conformidad unánime de los miembros de la persona o personas jurídicas, excepto disposición especial o estipulación en contrario del estatuto.

Se advertirá la referencia a la ley especial, congruente con el art. 150 CCC.

III.10. De causales de disolución y liquidación

“Parágrafo 3°. Disolución. Liquidación.

ARTICULO 163. *Causales. La persona jurídica se disuelve por:*

- a) *La decisión de sus miembros adoptada por unanimidad o por la mayoría establecida por los estatutos o disposición especial,*
- b) *El cumplimiento de la condición resolutoria a la que el acto constitutivo subordinó su existencia*
- c) *la consecución del objeto para el cual la persona jurídica se formó, o la imposibilidad sobreviniente de cumplirlo;*
- d) *el vencimiento del plazo;*

- e) *la declaración de quiebra; la disolución queda sin efecto si la quiebra concluye por avenimiento o se dispone la conversión del trámite en concurso preventivo o si la ley especial prevé un régimen distinto;*
- f) *la fusión respecto de las personas jurídicas que se fusiona o la persona o personas jurídicas cuyo patrimonio es absorbido; y la escisión respecto de la persona jurídica que se divide y destina todo su patrimonio;*
- g) *la reducción a uno del número de miembros, si la ley especial exige pluralidad de ellos y ésta no es restablecida dentro de los tres meses,*
- h) *la denegación o revocación firmes de la autorización estatal para funcionar cuando esta sea requerida;*
- i) *el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla;*
- j) *cualquier otra causa prevista en el estatuto o en otras disposiciones de este Título o de la ley especial.*

Estas disposiciones específicas sobre disolución se establecen tanto para respetar la autonomía de la voluntad, como las previsiones de control estatal y particularmente como forma de resguardar los intereses de terceros, mediante la protección del patrimonio de la sociedad como elemento real para satisfacer los pasivos, con cierta similitud a las previsiones legales de LGS que protegen a los terceros intentando evitar que la actividad de la persona jurídica pueda provocar daño, manteniendo su consistencia patrimonial.

Es congruente con las actuales disposiciones sobre causales de disolución de sociedades de pérdida del capital social -que es opinable si hoy se mantendría suspendida- o imposibilidad patrimonial sobreviniente de cumplir el objeto. Si bien a las sociedades, y en general a las personas jurídicas privadas, se accede por una decisión voluntaria, el CCC genera una causal de disolución: “Por la conclusión de los bienes destinados a sostenerla”, imponiendo adoptar medidas para evitar el daño por el uso del instrumento técnico organizativo. Son causales que intentan prevenir el daño por insolvencia o sea por infrapatrimonialización.

Las personas jurídicas deben liquidarse antes de entrar en insolvencia. Sin embargo, no hay diferencia sustancial con el art. 94.4 LGS sobre imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, y la integración con la nueva disposición del art. 100 LGS sobre la “viabilidad económica y social” de la actividad.

Esos aspectos que tienen cierta diferencia gramatical con el sistema de disolución y liquidación con la LGS, resultan de los incs. c, e, i, pero los efectos deberían ser similares.

Debemos remarcar el equilibrio del sistema de la LGS que no es desnaturalizado en el CCC: la constatación de causales de disolución no genera el inicio de la etapa

de liquidación, sino que alertan sobre responsabilidad a los administradores -art. 99 LGS y 167 CCC-. Esa interpretación parece aceptada en el art. 166 CCC.

El inc. g. hace referencia a la unipersonalidad, hoy superada en la LGS. La sociedad generada por declaración unilateral de voluntad⁵³ tiene el efecto fundamental de proteger a los terceros que contratan con un único empresario que desarrolla múltiples actividades⁵⁴, permitiendo vincular cada actividad con los terceros que se relacionen con la misma. Angel Rojo en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, en 1992, expresaba que la batalla doctrinal sobre la declaración de voluntad unipersonal constitutiva de sociedades estaba perdida, y que ahora se enfrentaba el de la responsabilidad limitada.⁵⁵

ARTICULO 164. *Revocación de la autorización estatal. La revocación de la autorización estatal debe fundarse en la comisión de actos graves que importen la violación de la ley, el estatuto y el reglamento.*

La revocación debe disponerse por resolución fundada y conforme a un procedimiento reglado que garantice el derecho de defensa de la persona jurídica. La resolución es apelable, pudiendo el juez disponer la suspensión provisional a sus efectos.

La sanción debe resultar de la actividad ilícita que desenvuelve la persona jurídica autorizada, en su caso una sociedad que opera oficialmente como banco. La resolución administrativa fundada debe garantizar el derecho de defensa, apelable judicialmente, pudiendo fijar esta autoridad el carácter suspensivo del recurso.

Tiene cierta vinculación con el art. 19 LGS que sanciona la actividad ilícita de la sociedad con objeto lícito, adaptable de oficio ante la gravedad de los actos,

(53) Aceptada hoy en la escisión, aunque parecería que de inmediato debe generarse la participación de otro socio, lo que importa una respuesta dogmática, pues nada se opone a la continuidad con un solo socio, sin perjuicio de responsabilidades. RICHARD, Efraín Hugo. "En torno a la sociedad unipersonal", en Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande 1992, Actas tomo I, p. 273.

(54) Inf. España, III.6.2.- *La personificación de las sociedades unipersonales*, p.121: Sin embargo, España -y la Europa Comunitaria- han optado por las técnicas de las "sociedades" unipersonales, lo cual podría parecer, en términos dogmáticos, un error; un defecto del Derecho español -y europeo- de sociedades, que habría quedado, técnicamente, por debajo del Derecho peruano. Y, sin embargo, esta sería una conclusión tal vez equivocada, ya que la configuración de la Sociedad Unipersonal como tal "sociedad", permite la recomposición de la pluralidad de socios, sin tener que llevar a cabo un complejo -y costoso- proceso de refundación: simplemente, transfiriendo el socio único, a otra persona, alguna participación. Mas no cabe duda de que la Sociedad Unipersonal supone una clara anomalía, al tiempo, en el sistema del Derecho de sociedades y en el sistema del Derecho de Personas, ya que -en términos reales- conduce a una quiebra material -aunque no formal- del principio de responsabilidad patrimonial *universal*, de los empresarios; razón por la cual es preciso ofrecer algunas garantías legales, normativamente previstas, para evitar posibles abusos.

(55) RICHARD, Efraín Hugo. "La limitada responsabilidad mancomunada para los socios de la simple sociedad en la ley general de sociedades", *Revista de la Facultad de Derecho*, U.N.C., Vol. VII, N° 1 (2016) pp. 21-42.

pero que sin duda también debe respetar el derecho de defensa ejercitable por vía de apelación⁵⁶. Es una norma poco tratada de evidente evidencia, pues genera responsabilidad de los socios, salvo los que acrediten buena fe, en caso de déficit liquidatorio, y en caso de patrimonio positivo la extinción de dominio con pérdida de la cuota de liquidación.

Este art. 164 se refiere a la revocación prevista en el inc. h. del art. 163 CCC.

ARTÍCULO 165. *“PRÓRROGA. El plazo determinado de duración de las personas jurídicas puede ser prorrogado. Se requiere:*

- a) decisión de sus miembros, adoptada de acuerdo con la previsión legal o estatutaria;*
- b) presentación ante la autoridad de contralor que corresponda, antes del vencimiento del plazo.*

Este artículo autoriza la prórroga en forma similar a la LGS. El CCC no impone la fijación de plazos, pero si la LGS, pero esta norma es similar al actual art. 95 LGS “Prórroga. Requisitos. La prórroga de la sociedad requiere acuerdo unánime de los socios, salvo pacto en contrario y lo dispuesto para las sociedades por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada. – La prórroga debe resolverse y la inscripción solicitarse antes del vencimiento del plazo de duración de la sociedad (...)”, refiriéndose luego a la reconducción.

ARTÍCULO 166. *RECONDUCCIÓN. “La persona jurídica puede ser reconducida mientras no haya concluido su liquidación, por decisión de sus miembros adoptada por unanimidad o la mayoría requerida por la ley o el estatuto, siempre que la causal de su disolución pueda quedar removida por decisión de los miembros o en virtud de la ley”.*

Se aproxima así a la LGS, al aparecer un atisbo de la diferencia entre causal de disolución y liquidación. Por otra parte, la personalidad jurídica no se agota mientras no se extingan todas las obligaciones activas y pasivas que ha generado.

En las sociedades un tema a introducir es la referida viabilidad económica y social del art. 100 LGS.

El art. 95 LGS en su segunda parte determina “(...) Reconducción. Con sujeción a los requisitos del primer párrafo puede acordarse la reconducción mientras no se haya inscripto el nombramiento del liquidador, sin perjuicio del mantenimiento de las responsabilidades dispuestos por el artículo 99. - Todo ulterior acuerdo de reconducción debe adoptarse por unanimidad, sin distinción de tipos”.

Adviértase que se resguarda, frente a las decisiones internas, los derechos de terceros, manteniendo la responsabilidad prevista en el art. 99 LGS -que después

(56) RICHARD, Efraín H. “Un fallo imperdible sobre actividad financiera ilícita (*off shore* mediante) y cuestiones periféricas”, *Revista de las Sociedades y Concursos*, Ed. Fidas, año 8, 2017-2 2, Buenos Aires, agosto 2017, p. 105.

ampliaremos- y que se repite en el nuevo art. 100 LGS. Una clara advertencia a administradores y a los socios de control para evitar que se genere daños o los mismos se incrementen.

ARTICULO 167 *“Liquidación y responsabilidades. Vencido el plazo de duración, resuelta la disolución u ocurrida otra causa y declarada en su caso por los miembros, la persona jurídica no puede realizar operaciones, debiendo en su liquidación concluir las pendientes.*

La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero. Previo pago de los gastos de liquidación y de las obligaciones fiscales, el remanente, si lo hay, se entrega a sus miembros o a terceros, conforme lo establece el estatuto o lo exige la ley.

En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”.

Es coherente sobre ello el art. 167 CCC en su segundo párrafo *“La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero”*, y el último párrafo: *“En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”*. El Anteproyecto de 2019 LGS corrige el art. 99, integrándolo con esa expresión del art. 167 *in fine* CCC.

Se observa entonces que, la responsabilidad de administradores o miembros se genera si el patrimonio es insuficiente para satisfacer las obligaciones, en identidad con el art. 99 LGS, aunque más acotado⁵⁷.

La temática de la insuficiencia de los bienes del activo para satisfacer todas las obligaciones, incluso las fiscales, impone dos visiones: la concursal y la responsabilizatoria.

Como es advertible las responsabilidades que señala el art. 167 CCC no se limitan a la de administradores, sino que se extiende al grupo de socios de control, dando precisión conforme al art. 150 CCC a la responsabilidad de socios prevista en el art. 99

El CCC no marca con nitidez las etapas de la LGS: a) existencia de causal de disolución, b) sin poner plazos para afrontarlas apunta las opciones imperativas contenidas en el art. 96 LGS generando eventualmente responsabilidades, y c) abre etapa de liquidación por resoluciones formales.

(57) RICHARD, Efraín Hugo. “El art. 99 ley 19.550 y causales de disolución de sociedades. De cómo evitar responsabilidad ante la insolvencia societaria”, *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO)* 2013-A, año 46, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 663.

Ante lo expresado, parece fundamental distinguir entre disolución, como causal, de liquidación como etapa conclusiva de las relaciones jurídicas de la persona sociedad.

Colombres anota que “la disolución es un *“prius”*, un presupuesto de relaciones jurídicas que consiste en el verificarse o acaecer de uno de los determinados supuestos que la ley o el contrato social prevén”⁵⁸.

Retomamos expresiones formuladas con el Prof. Dr. Orlando Manuel Muiño en *Derecho Societario*. Podemos recordar que se ha dicho que “se producirá la disolución al término del negocio en virtud del cual las partes formalizaron el contrato de sociedad”⁵⁹, advirtiendo que esa cita es suficientemente representativa de toda la moderna doctrina sobre el tema de la disolución de sociedades, en particular porque la disolución y liquidación de sociedades es la forma de extinción de esa persona jurídica.

En primer lugar, la temática está ligada a la historia de las sociedades, esta historia tan vinculada al otorgamiento de la personalidad como acto del príncipe, no reconociendo la autonomía de la voluntad como generadora de un centro de imputación de derechos y obligaciones. Al mismo tiempo, la extinción aparecía como la posibilidad de que un rayo se descargara sobre la sociedad y ésta desapareciera, lo que está descartado por el art. 101 de la LSC⁶⁰.

El segundo problema se puede suscitar en orden a una inteligencia del tema relativo a la concepción de los términos, es decir, a la terminología a usar. La referencia a “disolución”, en derecho societario, lleva a acepciones distintas, según sea el sistema de derecho de que se trate. En el anglosajón equivale al momento extintivo de la sociedad⁶¹; en el continental europeo -en el que se enrola la legislación argentina- es un *prius*, a la etapa liquidatoria, esto es, un presupuesto de relaciones jurídicas que consiste en el verificarse o acaecer de uno de los determinados supuestos que prevén la ley o el estatuto.

(58) COLOMBRES, Gervasio R. *Curso de Derecho Societario, Parte General*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 197.

(59) RICHARD, Efraín Hugo. “Disolución y liquidación de sociedades”, en *Derechos y principios societarios*, publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1982, p. 215.

(60) La atribución de personalidad negada a las sociedades personalistas, a la sociedad irregular y, de hecho, reconocida sólo por alguna jurisprudencia o por alguna doctrina francesa, es ahora reconocida exclusivamente para la liquidación en las sociedades de hecho por la reforma del año 1978 del Código Civil francés.

(61) En el derecho anglosajón, el proceso liquidativo viene primero y la disolución (por extinción) después, y dentro del derecho continental se registra la misma estructura de nuestra ley de sociedades: disolución y liquidación.

Creemos que hay etapas, escalonadas en orden temporal, conexas por causalidad, pero no necesarias entre sí, y deben diferenciarse claramente esas etapas⁶².

La primera etapa, más que de disolución, es de constatación de causal de disolución. La segunda es la liquidación de las relaciones jurídicas creadas, etapa posterior a la detección de la causal de disolución, como proceso liquidatorio de las relaciones jurídicas creadas por la sociedad respecto a terceros y por el estatuto o contrato social en el ámbito interno. Es la extinción de los derechos y obligaciones que gravan el patrimonio social; es la desvinculación del patrimonio social de los derechos y obligaciones. La tercera, subrayada particularmente, es la extinción de la sociedad como disolución en sentido estricto⁶³. Esta tercera etapa es centrada en general, por la doctrina y la legislación comparada, en el registro o la toma de razón de esa extinción, en la cancelación de la matrícula de la sociedad y en la extinción total de su patrimonio.

Desde nuestro punto de vista no existe modificación ni en el vínculo ni en la relación societaria por la generación de una causal de disolución, y entendemos que la constatación de ésta sólo crea una modificación de la organización societaria, particularmente en torno a la responsabilidad de administradores y socios si se genera daño a los acreedores. En efecto, la sociedad puede seguir actuando, con un mero agravamiento de responsabilidad (art. 99, LGS).

IV. Relaciones de organización no personificadas

Sobre figuras asociativas no personificadas por la ley se afirma -desde un dogmatismo supuestamente realista- que pese a la disposición normativa argentina determinando que no son sujetos de derecho (UTE, ACE, consorcio de cooperación y sociedad accidental), la ley impositiva les ha impuesto tal calidad. Apuntamos que tal personificación por la legislación tributaria de UTE, AC y Consorcio es para el supuesto que las mismas actúen como sujeto de derecho, y por atipicidad funcional y exorbitación de la representación de los partícipes generando la existencia de un sujeto societario atípico. Sí puede haber responsables por deuda ajena⁶⁴. El problema

(62) Ellas fueron muy bien definidas en CÁMARA, Héctor, *Disolución y liquidación de sociedades mercantiles*, donde, pese a los años transcurridos y corresponder a una legislación ya superada, mantiene su actualidad.

(63) SOTGIA, S. *La liquidazione della società commerciale*, p. 54, donde rechaza que la empresa en liquidación sufra modificación alguna en su capacidad; la limitación legal al poder del órgano no constituye incapacidad de obrar; por otra parte, no hay restricción alguna a la capacidad del sujeto.

(64) La atribución de sujetos de impuestos a las ganancias o IVA de UTEs, ACs y Consorcios de Cooperación, lo es -eventualmente- como "contribuyentes". Desde un punto de vista estrictamente tributario y técnico, lo que hace nacer la obligación tributaria es el "hecho imponible". Frente a su acaecimiento, la ley tributaria analiza a quien atribuirlo. De allí que puedan ser designados como "contribuyentes" personas físicas incapaces, fenómenos asociativos (o figuras contractuales) sin personalidad jurídica. Por ello se crea la figura del "Responsable por Deuda Ajena", donde lo que se hace es desplazar la responsabilidad por los deberes formales y materiales inherentes al sujeto

más grave no es el de responsabilidad sino la alteración de centros de imputación respecto de terceros: los acreedores individuales de los supuestos socios. La regulación cuidadosa desde el art. 1442 y ss. del CCC nos exime de otro comentario⁶⁵.

Nos hemos expresado en torno a la exorbitación de la organización de contratos asociativos, donde la representación voluntaria se ejercita como representación orgánica, interfiriendo la labor de los miembros, incluso sociedades, lo que puede llevar a considerar la existencia de personalidad y la asunción de responsabilidad por parte de sus representantes. La realidad califica los contratos, pero los contratos asociativos están normados para no constituir centro de imputación personificado sino una relación de organización para perfeccionar la actividad de sus partícipes.

V. Sobre responsabilidad

A referencias genéricas efectuadas agregamos referencias específicas.

Si bien se pone el énfasis en la separación de los patrimonios entre la persona jurídica y de las otras personas físicas o jurídicas que la generan, donde se hace prolija la regulación normativa -en todas las legislaciones- es para asegurar el ingreso de los aportes al patrimonio de la sociedad y en resguardar los derechos de los terceros que se han vinculado a la realidad funcional empresaria, o sea al nuevo centro de imputación diferenciada, incluso en referencia a la sociedad en formación⁶⁶, o aun a la irregular. No es otra cosa que el principio de la división patrimonial, que resguarda a su vez la posibilidad de que la persona jurídica así creada pueda generar nuevas personas jurídicas. Es el fenómeno de las asociaciones de segundo grado, que impone al legislador ciertas regulaciones (arts. 31 y ss. LGS).

La gestación de la división patrimonial impone ciertos atributos como la individualización con denominación y domicilio, para determinar la ley aplicable y la jurisdicción donde puede reclamar o ser reclamada en derecho⁶⁷.

La responsabilidad directa de la persona jurídica es consecuencia de su naturaleza, estructura y atributos esenciales, que se centran en el *patrimonio* (art. 143 CCC).

contribuyente hacia otra persona que tiene capacidad de determinar la deuda tributaria, pagarla y cumplir con deberes formales. Esa responsabilidad fiscal es otra cosa.

(65) Se refiere a esa normativa el profesor chileno Oscar TORRES ZAGAL en su reciente libro *Sociedades Comerciales*, 7ª. Edición, Thompson Reuter, Santiago, 2021, p. 25.

(66) El tema se encuentra superado dentro del derecho argentino, particularmente después de la reforma del año 1983. Cfr. Nto. "Patrimonio y capital social", p. 103 y ss. -especialmente a p. 106- en el libro *Derecho y principios societarios*, publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, año 1982. Incluso la Corte Suprema de Buenos Aires le ha reconocido efectos anteriores a la propia constitución de la sociedad en formación: Nto. *Sociedad en gestación: Su calificación jurídica*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, noviembre 2008; n° 11 p. 1243, *Jurisprudencia anotada*.

(67) URIA, *Derecho Mercantil* cit., p. 99.

En tema de responsabilidad es fundamental, ante la separación del patrimonio de la persona jurídica de sus constituyentes, señalar que el límite de responsabilidad de éstos o de quienes les sucedieron, puede sufrir un cambio de existir causales de disolución no atendidas, particularmente la *insolvencia*.

En una de las manifestaciones más clásicas de la personalidad, el de las sociedades, el derecho especial de la LGS protege imperativamente la dotación patrimonial a través de la causal de disolución “pérdida total del capital social” o similares, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”⁶⁸, con “una función *preconcursal* o *paraconcursal*”⁶⁹ ante la infrapatrimonialización que se avizora o producida.

El CCC refiere diversas normas en torno al patrimonio que dan coherencia al sistema, que reiteramos:

- a) En forma alguna se agrava la responsabilidad del accionista mero inversor. La responsabilidad se genera por culpa omisiva o por actos lesivos.
- b) La Sección 3ª sobre “Persona Jurídica Privada”, en el art. 154, impone: “La persona jurídica debe tener un patrimonio. La persona jurídica en formación puede inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables”.
- c) Luego, en el art. 163 CCC, determina como causal de disolución “c)”, la “imposibilidad sobreviniente” de cumplir el objeto social, o “i)” “el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla”, y congruentemente, al referirse a la liquidación autoriza la “reconducción” en el art. 166 “mientras no haya concluido su liquidación, por decisión de sus miembros adoptada por unanimidad o la mayoría requerida por la ley o el estatuto, siempre que la causa de su disolución pueda ser removida por decisión de los miembros (...)”, en el caso que nos ocupa de falta de patrimonio, por la reintegración del mismo o capitalización por algún modo⁷⁰.
- d) Las expresas previsiones de los párrafos primero y segundo del art. 54 LGS, a los que en el año 1983 se le agregó el tercer párrafo sobre “inoponibilidad de la personalidad jurídica”.

(68) URÍA, R. - MENÉNDEZ, A. - GARCÍA de ENTERRÍA, J. “La sociedad anónima: disolución” cit., p. 1001 (en *Curso de Derecho mercantil* dirigido por Rodrigo URÍA y Aurelio MENÉNDEZ, Ed. Civitas, Madrid 1999, tomo I, especialmente “Las pérdidas graves”, pp. 1009 - 1013.

(69) Díez ECHEGARAY, José Luis. *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Ed. Thomson-Aranzadi 2ª edición, Navarra, 2006, p. 387, considerándola también como anticoncursal.

(70) RICHARD, Efraín H. “El art. 99 ley 19.550 y causales de disolución de sociedades (...)”, cit.

Para evitar asumir responsabilidad “la sociedad siempre debe liquidarse *in bonis*”⁷¹. Es la previsión genérica del art. 94.5 LGS, tomada por los dos artículos que acabamos de poner de resalto. Ante la posibilidad de que se mantenga suspendida la causal del art. 94.4. LGS sigue vigente la prevista en el art. 94.4. interpretada conforme el art. 100 LGS, y las opciones imperativas del art. 96 LGS para removerlas.

Justamente el art. 167 CCC, congruente con el art. 99 LGS, impone que la liquidación “consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero”, previendo responsabilidad de administradores y miembros que omitieron diligencia.

La cuestión se califica ante la insatisfacción al tercero de una acreencia por insolvencia, o aparente insolvencia al no encontrarse bienes de la sociedad, situación, que podría derivar en la quiebra de la misma.

Se viola la norma imperativa de tutela de los terceros cuando ante la pérdida del capital social –patrimonio neto negativo, evidenciada en la aprobación de un balance quedando exteriorizada la causal de disolución prevista en el art. 94 inc. 5 LGS -hoy aparentemente suspendida, pero sin claridad-, aunque no la similar del art. 94.4., permitiendo la viabilidad a través de las opciones que otorga el art. 96 LGS, en ambos casos por decisión del órgano de gobierno. Igual efecto acaecería ante la desaparición de la sociedad y de sus bienes.

Refiriéndonos a responsabilidad atenderemos a los *presupuestos* de la responsabilidad de las personas jurídicas que, genéricamente, son los tradicionales a aquellos que asume la persona humana, afrontados por la teoría general de la responsabilidad civil: a) La autoría, o sea conductas u omisiones reprochables, imputables por culpa o dolo (factor de atribución), y antijurídicas; b) El daño que debe ser cierto, por oposición a eventual o conjetura actual y subsistente, o sea que el daño que se reclame debe ser un detrimento patrimonial cierto y no meramente conjetural; c) Relación causal entre la conducta imputable y el daño efectivo, generando la consideración de la “causa adecuada”, imponiendo que el juez se retrotraiga mentalmente hasta el momento de la acción u omisión, para formular así el juicio acerca de si ese obrar era o no idóneo para la producción del daño, y determinar si es imputable.

Cabe apuntar, como señalaba ya hace tiempo Mariano Gagliardo⁷²: “*la naturaleza de la acción del artículo 173 es típicamente concursal y en modo alguno significa alterar la regulación de la ley de sociedades. Es más, la autonomía de tal acción, no guarda necesaria relación con la responsabilidad prevista por los arts. 59, 274, 276, 279 y 298 de la ley 19550 de modo que la deducción de una no importa incoar la otra y es posible la deducción acu-*

(71) FIORENZA, Alejandro Ignacio. “El fideicomiso ante la insolvencia patrimonial y su liquidación en la ley 24441, ¿es la mejor alternativa?”, Segunda parte, *Semanario Jurídico, Fallos y Doctrinas*, 6 de marzo de 2014, año XXXV, n° 1945, doctrina p. 305, especialmente, p. 310.

(72) GAGLIARDO, Mariano. “Responsabilidad de los directores de sociedades anónimas”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2004, p. 1058.

mulada de ambas pretensiones, pues ellas pueden derivar de los mismos hechos cualificados diversamente". Obviamente ninguna acción de responsabilidad queda impedida por el concurso preventivo, y en la quiebra se abre otra vía además de las que autoriza la LGS o el CCC. Específicamente por no haber prevenido el daño en la función de preconcursalidad, que resulta del art. 99 LGS, además de los integrantes del órgano de administración a la responsabilidad, ¿a qué socios se refiere? Para resolver la aparente incógnita cabe recurrir a la remisión "en su defecto" del art. 150 CCC y encontrar en el art. 167 *in fine* CCC la respuesta: los socios que por acción u omisión no adoptaron las medidas previstas para evitar el daño o su agravación. Sin duda no se altera la irresponsabilidad del mero inversor, sino del socio que actúa con culpa por acción u omisión.

De la investigación postdoctoral de Vitolo extraemos una apreciación que pareciera de *lege ferenda*, pero que consideramos de *lege lata*⁷³ "(xiii) Debe establecerse la obligación para socios y administradores de controlar la evolución equilibrada del patrimonio social -entendido éste en su faz activa de bienes y disponibilidades financiera, unidas a la capacidad de pago y de cumplimiento regular de obligaciones en flujos proyectados- en relación con el giro societario y el endeudamiento, bajo apercibimiento de responder por los daños y perjuicios que pueda causar un desequilibrio significativo generado en tal ámbito como consecuencia de conductas u omisiones dolosas". Sobre este punto veremos jurisprudencia nacional.

El patrimonio de la persona jurídica es la prenda o garantía común de sus acreedores.

¿Porque entonces hablar de responsabilidad? ¿Y de quiénes? En principio se podría pensar que es en el caso, de sociedades hablando, de los socios con responsabilidad no limitada.

Pero por qué pensar en eso y en extensiones de quiebra automáticas, si el patrimonio es la prenda común de los acreedores y el mismo es suficiente para satisfacer sus pretensiones. Lo mejor será un caso concreto, que denominamos "Von Sanden", donde se responsabilizó a los socios con limitación de responsabilidad, de una sociedad anónima, haciéndoles solidariamente responsables de deudas sociales, cuestionando el intento de trasladar los perjuicios a los acreedores. Haremos una posterior referencia.

Esa tendencia se acentúa a través del principio de evitar daño, y en el caso de sociedades ello puede acaecer por insuficiencia patrimonial, con claras consecuencias en caso de socios con responsabilidad no limitada, pero que consideramos se ha acentuado en el caso de sociedades con socios con limitación de responsabilidad.

(73) Universidad de Bolonia, Departamento de Ciencias Jurídicas, Escuela superior de estudios jurídicos, Programa de altos estudios posdoctorales en derecho para doctores iberoamericanos. Tesis: *La difuminación de la función del capital social como elemento y requisito esencial en el derecho de sociedades*. Director: Dr. Jorge Alejandro Amaya, • Posdoctorando: Dr. Daniel Roque Vitolo (Argentina).

VI. ¿Un derecho societario de crisis?

Quizá un punto de partida le ha dado Juan Carlos Veiga, al referirse al limitado capital con que puede constituirse la sociedad por acciones simplificadas, incluso por declaración unilateral de voluntad, al señalar que ello no afecta la supuesta función de garantía del capital social sino la función de productividad del patrimonio social o del patrimonio social. Es que con Veiga venimos pensando en paralelo y nos llevó a concebir un ensayo llamado “*el contraderecho*” sobre las costumbres *contra legem* en los juicios concursales de sociedades.

Pero dejaremos marginalmente las referencias que allí hicimos, para converger en algo que fue expresado un par de meses atrás por Alessandro Nigro en el Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal en Punta del Este, sobre “*Il diritto societario della crisi: una nuova frontiera?*”

En el reconocimiento de personalidad es esclarecedor lo expuesto en la exposición de motivos del Proyecto de CCC-ya referido- y de Mario Rotondi: es la protección a terceros, cuando reconozco la personalidad, a los terceros que contratan con la misma, pero al mismo tiempo a los terceros acreedores individuales de los socios por el patrimonio que excluyo.

La responsabilidad por el déficit concursal es en realidad por daño causado, sigue al informe Winter: “si los administradores están en condiciones de prever que la sociedad no puede continuar pagando sus deudas, deben decidir o bien sanear la sociedad, garantizando el pago a los acreedores o liquidarla. De lo contrario los administradores deben ser responsabilizados, total o parcialmente, frente a los acreedores por los créditos impagos”. Es el régimen del art. 99 LGS.

Es una protección no sólo de los acreedores, sino del interés general, motivando contratar con las sociedades. En eso está el art. 1710 y ss. CCC.

La insolvencia es un riesgo para los acreedores en el concurso de persona humana, y de los socios y administradores en la Persona Jurídica⁷⁴. Responsabilizar por el déficit es una forma de distribuir los costes de la insolvencia, y tutela *ex ante* la eficiencia del sistema jurídico.

Los Arts. 94 ap. 4 y 5, 96, 99 y 100 CCC configuran un sistema preventivo de dificultades económico, financieras y patrimoniales integradas a una opción imperativa de soluciones, bajo sanción de responsabilidad de los administradores “y los socios en su caso”, aclarando a quiénes podría dirigirse esa responsabilidad, conforme art. 150 CCC, el art. 167 *in fine* CCC.

(74) LÓPEZ RODRÍGUEZ, Carlos E. *Responsabilidad concursal de los administradores societarios. Administración de hecho y déficit concursal. Estudio comparado con la legislación española y argentina*, Ed. La Ley Uruguay, Montevideo 2016, p. 63.

La viabilidad debe ser expresada, en la Memoria, conforme los LCQ 11 y 45 régimen de administración durante el cumplimiento del acuerdo, o inicialmente qué piensa el concursado ... es la viabilidad durante el cumplimiento...

El problema de la insolvencia -no queremos hablar de infracapitalización o infrapatrimonialización- es un problema de personalidad y patrimonio.

Y puede encararse *ex ante* y *ex post*.

Ex ante en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad responsable, enmarcada en normas imperativas. Patrimonio suficiente para no dañar que impone un plan de negocios, como se registra en la Memoria que acompaña a ciertos estados contables.

Ex post en responsabilidad, incluso en inoponibilidad que es una forma de responsabilidad dentro de las relaciones de organización personificadas. Teoría general de la responsabilidad.

Y a su vez debe reflejarse en la funcionalidad societaria. No dañar, no ser usada indebidamente *leverage buy out* en las privatizaciones...

Anual obligación de resultados balance, memoria con test de viabilidad anual, y ante causal de disolución de patrimonio insuficiente, corrijo pérdida total del capital social... que no impone tiempos de liquidación y que por tanto no se suspende por presentación en concurso..., pero que ahora obliga el art. 100 LGS. Es la terminología que usa la ley, constituyendo la infrapatrimonialización social.

Los problemas societarios se centran en la prelación e integración de normas en torno a las personas jurídicas y específicamente de la sociedad sujeto de derecho, conforme determinación del art. 150 CCC -como hemos visto dentro del título 2 Persona Jurídica, Sección 2 Clasificación: "Leyes aplicables. Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen: a). por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código..."-.

Para las sociedades la ley especial es la LGS, imponiendo sus normas no dispositivas "o en su defecto" -de sus normas- por las normas imperativa del CCC.

VII. Normas imperativas

Debemos preguntarnos sobre normas imperativas para poder desentrañar las normas que prioritariamente se aplica a las sociedades.

También se generan debates en torno al uso de las expresiones "indisponibles" e "imperativas". La primera expresión no aparece en los Fundamentos del anteproyecto. La segunda sí, particularmente al referirse al fraude a la ley. En el Código aparece en tres oportunidades al referirse a la interpretación de los contratos en los arts. 962, 963 y 964 aparentemente como equivalente a la expresión segunda usada en el art. 150. Luego la palabra indisponible aparece con similar alcance en

el art. 1709 y como referencia a derechos indisponibles en el art. 1743. La referencia a normas imperativas aparece en los arts. 12, 150 y 177, expresamente a normas legales imperativas en el art. 1121, leyes imperativas 1743, y normas internacionales imperativas en los arts. 2599 y 2651 incs. e. y f. del Código.

La impresión es que han sido usadas como expresiones análogas.

Desde un punto de vista doctrinario consideramos que la primera expresión “indisponibles” es abarcativa de las imperativas por disposición legal y las indisponibles por disposición de voluntad, como lo es una norma estatutaria.

Por otro lado, no deben descartarse las opciones imperativas, o sea que los socios deben elegir alguna de ellas, sin apartarse del catálogo previsto. Un ejemplo lo es el art. 96 LGS. El mismo genera una opción imperativa, sin plazo, pero generadora de responsabilidad si produce daños.

Otro aspecto esta referido a la expresión “o en su defecto” que contiene el art. 150 CCC referido para dar prioridad a la ley especial o a las normas del Código⁷⁵.

El Diccionario de la Real Academia señala como definición de “en su defecto”: “A falta de la persona o cosa de que se habla, especialmente de algún requisito”.

Ejemplifiquemos sobre la prelación de normas cuando coexisten dos normas indisponibles: el art. 99 LGS preceptúa imperativamente: “*Administradores: facultades y deberes. Los administradores, con posterioridad al vencimiento del plazo de duración de la sociedad o al acuerdo de disolución o a la declaración de haberse comprobado alguna de las causales de disolución, sólo pueden atender los asuntos urgentes y deben adoptar las medidas necesarias para iniciar la liquidación. - Responsabilidad. Cualquier operación ajena a esos fines los hace responsables ilimitada y solidariamente respecto a los terceros y los socios, sin perjuicio de la responsabilidad de éstos*”. Aunque la expresión final respecto a la responsabilidad de los socios señalando “en su caso”, es imprecisa y ha dado lugar a diversas posiciones que enfrentamos con Luisa Borgarello en ponencia a sido tratada favorablemente en reciente Congreso -.

A su vez, en norma similar respecto a todas las personas jurídicas privadas, el art. 167 CCC dispone “Liquidación y responsabilidades” y especifica al final: “En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto”.

La integración de esas previsiones de los arts. 99 LGS y 167 *in fine* CCC es perfecta y absolutamente autorizada por el art. 150 CCC, cuando en su inc. a expresa “Por

(75) “La interpretación del sub sistema societario a la luz del código civil y comercial: prelación de normas imperativas”, en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*, Tomo I, p. 23.

las normas imperativas de la ley especial, o *en su defecto*, de este Código”, conforme a la previsión integrativa referida del Diccionario de la lengua castellana.

Fernando Perez Hualde⁷⁶ coincide señalando con precisión que: “La aplicación del art. 167 CCC respecto del supuesto tratado en la LGS (...) surge del claro orden de prelación que establece el art. 150 CCC ordenando la aplicación, después de la norma imperativa especial (léase LGS), de la norma imperativa del Código. Y es así en tanto la norma del art 99 LGS, respecto de la responsabilidad de los socios, no solo no es imperativa, sino que además es oscura (...). En cambio, el art. 167 CCC además de ser una norma de absoluta claridad en cuanto al supuesto de aplicación, es sin lugar a dudas una norma imperativa. Ello se evidencia no solamente al sostener que la persona jurídica en dicha situación *no puede realizar operaciones*, sino también cuando establece que en caso de infracción responden ilimitada y solidariamente aquellos miembros (socios) que *conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto*”.

Sigue actual y oportuna la cita de Tullio Ascarelli, hecha en 1952 en sus “Studi”: “En la actual crisis de valores, el mundo pide a los juristas nuevas ideas y no sutiles interpretaciones: es necesario, por tanto, reexaminar los conceptos fundamentales”⁷⁷.

¿Y las pérdidas?

Lo fundamental es recordar, vinculado al tema responsabilidad, es la definición de sociedad contenida en el art. 1° LGS: “Habrá sociedad comercial cuando dos o más personas (...) se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio (...) participando de los beneficios y soportando las pérdidas”. Genética y funcionalmente son los socios los que deben soportar las pérdidas, no sus acreedores, salvo que lo acepten en forma unánime, no pudiendo hacerlo a través de un negocio de mayorías y menos a través de cesionarios⁷⁸, pues constituiría un fraude a la ley -art. 12 CCC-. Además de una alteración del derecho de propiedad, con apropiación de créditos de acreedores en directo beneficio de la sociedad en crisis y sus socios.

El riesgo lo asumen los acreedores frente a la Persona Humana, por eso las previsiones normativas en torno a una construcción sobre la insolvencia de esa

(76) PEREZ HUALDE, Fernando. “Aplicación del régimen del art. 167 CCC al supuesto del art. 99 LGS”, en *El Derecho Societario*, tomo I, p. 433.

(77) FARGOSI, Horacio. “Derecho comercial del siglo XXI”, en *Código de Comercio*, Tomo I, *Hammurabi*, Buenos Aires: 2005, p. 127. Citado por nosotros en “Las relaciones de organización y el sistema del derecho privado patrimonial negocial”, cit.

(78) Ver el fallo “Mandalunis, Tomas Eduardo s/ Concurso preventivo”, Expediente N° 12359.10, Juzgado N° 25 - Secretaría N° 49, Buenos Aires, 25 de febrero de 2014, y particularmente el voto de la Camarista Prof. Julia Villanueva. Cfme. Richard, Efraín Hugo. “El efecto de los contratos respecto de terceros y la cesión de créditos en concursos”, en *Liber Amicorum en homenaje al Prof. Dr. Luis Moisset de Espanés*, Córdoba, noviembre 2010, 2 tomos Ed. Advocatus, en tomo I, pp. 515 a 552.

persona, pero en las Personas Jurídicas lo asumen sus miembros y -eventualmente- los administradores, con un régimen bien concreto de responsabilidad además del indicado art. 99 LGS⁷⁹. Son los socios los que corren el riesgo empresarial al constituir la sociedad y hasta su liquidación.

Desde la escuela comercialista de Córdoba y sus amigos, se plantea sistemáticamente una cuestión tratada pero no generalizada: la diferencia entre la responsabilidad de los socios por el tipo de sociedad que integran y la que les puede caber por aplicación de la teoría general de la responsabilidad que, sin duda no son excluyentes. Desde 1996 con la tesis de Francisco Junyent Bas y el prólogo que formalizamos quedó planteada la cuestión.

La causal de disolución de pérdida del capital social -que genera responsabilidad- es en realidad la determinación de patrimonio insuficiente para satisfacer el pasivo social, o lo que es lo mismo la constatación de la inexistencia de valor de la eventual cuota de liquidación para los socios, o de la imposibilidad sobreviniente por razones económicas, financieras o patrimoniales de cumplimiento del objeto, causal del art. 94.4 LGS, muchas veces es suspendida esa causal en nuestro país y en el extranjero ante crisis como la que vivimos, pero se encuentra cubierta por otras vinculadas a la infrapatrimonialización.

Debemos distinguir infracapitalización formal, *one dollar corporation*, infracapitalización material que puede dar lugar a la causal de disolución del art. 94.4, cesación de pagos e insolvencia. Claro que muchas de las sociedades que se constituyen con un pequeño capital organizan su actividad en forma particular, como el *crowdfunding*⁸⁰.

La responsabilidad se genera ante concreto daño a terceros, incluso a la sociedad y a socios minoritarios, por el actuar de administradores y de ciertos socios, aun en las personas jurídicas con limitación de responsabilidad por no actuar conforme a normas imperativas de la ley y generar ese daño. De todos modos, la responsabilidad frente a terceros es siempre subsidiaria, únicamente a falta de patrimonio social para satisfacer la obligación, conforme prevén los arts. 143, 242 y 743 CCC.

Como acotamos no deben necesariamente coincidir temporalmente la remoción de la causal disolutoria y la reactivación o retorno a la actividad social.

(79) VERÓN, Alberto V. "Responsabilidad de los administradores de sociedades anónimas: ilimitación, solidaridad y mal desempeño del cargo", en *Doctrina societaria y concursal*, Ed. Errepar, tomo XXXIII, Buenos Aires, p. 789.

(80) Sobre múltiples aspectos de esa relación puede verse MORENO SERRANO, Enrique - CAZORLA GONZALEZ-SERRANO, Luis (Coordinadores) *Crowdfunding: aspectos legales*, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, España. 2016, con prólogo de Alberto ALONSO UREBA.

Requisito que puede ser anterior, coetáneo o posterior a la resolución de los socios de continuar el giro social⁸¹, y frente a lo cual el Juez sólo debe asegurarse del cumplimiento del requisito, que quedará como elemento de convicción si luego se generaran daños en el obrar social. Justamente el art. 100 LGS, en su último párrafo, establece el efecto de la admisibilidad: la resolución de reactivación societaria por vía de remoción del hecho disolutorio que hubiera determinado el estado de disolución “*deberá adoptarse sin perjuicio de terceros y de las responsabilidades asumidas*”.

Si la sociedad es viable económicamente deberá satisfacer todas las obligaciones, pero si ello no acaeciere las responsabilidades generadas se mantienen, y de ello hemos hecho referencia en el inicio de este ensayo.

La responsabilidad contraída por administradores y socios subsiste, como regla de buena fe, pues si la sociedad es económicamente viable no hay duda que su patrimonio generará los medios voluntarios o compulsivos para satisfacer las obligaciones contraídas, sin necesidad de ejercitar la responsabilidad subsidiaria de socios o administradores. Si no es viable no es empresa, no hace falta que genere dividendos, pero si debe tener sustentabilidad para no dañar. Y así lo norma con claridad el art. 100 LGS reformado en 2015.

El debido contrapeso al control preventivo lo constituyen, al decir de Mauricio Yadarola *ex post*, las acciones de responsabilidad contra administradores y socios de corroborarse que arguyeron la viabilidad de mala fe causando daño.

Sobre la exigencia de la viabilidad económica, se ha preguntado: ¿cómo se acredita la misma? Para Barreiro se debe integrar este vacío que plantea el artículo 100 LGS acudiendo a la LCQ. Siguiendo esta pauta integradora en la ley concursal nos encontramos con que “*el juez puede poner fin a la continuidad de la explotación antes del vencimiento del plazo si ella resultara deficitaria o de cualquier otro modo resultare perjuicio para los acreedores*” (art. 192 *in fine* LCQ). Sobre esta premisa el autor completa su pensamiento expresando que tal viabilidad económica “*consiste en la posibilidad cierta de sustentación de la actividad del patrimonio cesante, que deberá producir ingresos suficientes para poder atender las erogaciones propias del giro social*”. Esto quiere decir, continúa afirmando, que la ley societaria asume un propósito preventivo, impidiendo que la actividad económica inviable agrave las consecuencias y desemboque en un incumplimiento generalizado⁸².

(81) MILLER, Alejandro. “La reactivación societaria y la exigencia de viabilidad económica y social”, en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*. Tomo I, Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza - Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, p. 371.

(82) BARREIRO, Rafael. “Viabilidad económica y social de la continuación de la actividad de la sociedad disuelta”, en *El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, efectos en materia Societaria y Concursal* (Dir. Arecha), 1ª ed., D&D, Buenos Aires, 2015, p. 172-174.

Coincidimos en estas apreciaciones. Como anticipamos, se trata de acreditar la existencia de un plan que permita visualizar *prima facie* que la sociedad puede seguir operando sin dañar y satisfaciendo todas sus obligaciones. El instituto de la remoción de las causales resulta aplicable a todos los supuestos, ya sea que tengan previsto específicamente un caso de remoción ordinario, para los cuales resultaría superflua, o se trate de aquellas causales a las que la ley no les otorga un tratamiento particular. Incluso a las causales convencionales previstas en el contrato y el estatuto, no habría obstáculos que impidan aplicarle el instituto de la remoción y hacerlo operativo, manteniendo la vigencia del principio de conservación de la empresa.

Ante la preocupación de Barreiro ratificamos nuestra visión contraria a un control estatal o jurisdiccional tanto sobre el dictamen de viabilidad económica como en el de viabilidad social, pues implicaría una traba y poner al órgano gubernamental o jurisdiccional en una tarea imposible, cuando no obstaculizante del desarrollo. Aparece adecuado que “en eterna memoria” se disponga su resguardo protocolizándolo. No ya para el ejercicio de las acciones de responsabilidad que prevé el mismo artículo, que lo son en relación a obligaciones contraídas con anterioridad, sino para los daños generados en el futuro no por riesgo empresario sino por acciones u omisiones culposas, como lo será la actuación con patrimonio neto negativo.

Concordamos con María de los Ángeles Luján y Carlota Palazzo⁸³: “El poder de decisión acerca de la viabilidad constituye una decisión empresarial que debe asignarse o reconocerse en quien se encuentre más interesado o incentivado en tomar buenas decisiones. Los jueces y organismos de control son sustitutos imperfectos para los actores del mercado, quienes al tener su propio dinero en juego se encuentran intensamente interesados en tomar buenas decisiones. Más aún, existe un proceso de selección natural en función del cual solo sobreviven aquellos actores del mercado que toman buenas decisiones. No existe un proceso competitivo similar para los jueces y organismos de control que carecen tanto de los conocimientos, como de la experiencia e incentivos para tomar una decisión relativa a la viabilidad. Luego, la decisión relativa a la remoción de la causal de disolución por considerarse que existe viabilidad compete exclusivamente a la esfera interna de la sociedad sobre cuyo mérito no deben inmiscuirse ni la autoridad de control ni los magistrados. Ello sin perjuicio de que la autoridad de control pueda controlar “formalmente” que existió un pronunciamiento expreso acerca de la viabilidad. Entiéndase bien, sobre lo que no podrá avanzar será sobre si dicho pronunciamiento fue debidamente fundado; ni sobre si está de acuerdo con la valoración acerca de la viabilidad. El debido contrapeso lo constituirán las acciones de responsabilidad de las que serían pasibles administradores y socios de corroborarse que arguyeron

(83) “Del nuevo artículo 100 ley 19.550 y los presupuestos para su aplicación”, en *El Derecho Societario y de la Empresa en el Nuevo Sistema del Derecho Privado*, Tomo I, Ed. XIII Congreso Argentino de Derecho Societario, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Universidad de Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, Editorial Advocatus, Córdoba, agosto 2016, p. 365.

la viabilidad cuando la misma no era tal. De allí que resulte recomendable como buena práctica, más no compulsivo por no haber sido expresamente regulado en la ley, que la decisión del órgano de gobierno se sustente en documentos objetivos de análisis económico y financiero prospectivo del negocio social producidos especialmente para la oportunidad en que el órgano de gobierno deba resolver y relacionados con precisión en la decisión”.

En cuanto a esa viabilidad social la vinculamos casi exclusivamente con los supuestos en que otras normas legales requieren dictámenes de viabilidad ambiental o excluyen ciertas actividades en zonas urbanas. O sea, al cumplimiento de otras normas preexistentes.

Miremos en rededor, un reciente importante fallo ha motivado nuestro interés. Se trata de la resolución de la Cámara Civil - Sala C en la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los treinta días del mes de agosto de dos mil diez y siete en los autos “Von Sanden de Klein Rosa Cristina c/ Angelino Miguel Ángel y otros s/ daños y perjuicios”, cuya lectura aconsejamos. La sentencia toca tres puntos sensibles a la responsabilidad de socios: la prescripción, la integración de la *litis* y las causas por las que se les responsabiliza.

Se activa así la función de garantía del capital social, un modo normativo de referirse a la infrapatrimonialización. Terminando este aspecto con la última transcripción: “La limitación de la responsabilidad de los socios se fundamenta en una dotación adecuada de capital social. Si esa dotación no se produce, los socios estarían abusando de la institución del capital social, razón por la cual quedaría sin fundamento la limitación de responsabilidad. Como consecuencia de esto, *los socios deberían responder ilimitada y solidariamente frente a los acreedores y para llegar a esa responsabilidad, se recurre a la doctrina del levantamiento del velo. La infracapitalización societaria importa un desplazamiento del riesgo empresario hacia los acreedores, en tanto ellos están soportando las consecuencias de la insolvencia de la sociedad. Ratifica lo explicitado por el Ministerio Público en orden a que “se configuró un desplazamiento del riesgo empresario hacia los acreedores, en tanto ellos están soportando las consecuencias de la insolvencia de la sociedad. Es decir, la sociedad fue utilizada como un recurso para vulnerar los derechos de terceros al actuar en el mercado sin un capital acorde a su actividad (v. anteúltimo y último párrafo, fs. 220) (...). Por lo demás, la solución aquí propuesta, en definitiva, acompaña la tendencia mayoritaria de la doctrina nacional y extranjera que se inclina a que los remedios para combatir la infracapitalización sustancial se busquen mediante la utilización de la doctrina de la inoponibilidad de la persona jurídica, descorrimiento del velo societario o disregard of the legal entity (Daniel Roque Vítolo, Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia, La Ley, 22/12/2004)”.*

Nos parece muy bien, aunque lo mismo se hubiera logrado a través de la aplicación del art. 99 LGS y su nueva norma de interpretación: el reciente art. 167 *in fine* CCC referido, que obligará a administradores y socios tratar se generen daños por el funcionamiento de la sociedad contrariando normas imperativas de su re-

gulación específica. El dato que se desliza sobre la falta de integración del capital social y el no detectar activo alguno, nos hace pensar que podría haberse fundado la responsabilidad en las previsiones de aquella norma, con similar resultado al descorrimiento del velo, generando una suerte de teoría general de la responsabilidad para las relaciones de organización⁸⁴.

Claro que la norma del art. 54 ter LGS (144 CCC), permite soslayar los recovecos formales que suele usar la jurisprudencia para exonerar de responsabilidad de que no se acreditó la pérdida del capital social, y la aplicabilidad del art. 99 LGS, porque no hay balance confeccionado, ni libros, ni bienes... Qué mejor prueba de la pérdida del capital social que la inexistencia de bienes y la existencia de pasivos. En ese momento aparece clara la existencia de la causal y sólo merecería prueba la fecha en que se generó para imputar responsabilidad a los administradores determinados, y a los socios que omitieron actuar -por lo menos el grupo de control-. Y en orden al grupo de control debemos apuntar a que en las grandes sociedades está constituido por personas humanas y personas jurídicas, en muchos casos fondos de inversión y otros supuestos, en que la responsabilidad puede llegar a ser extendida.

Recién si el patrimonio fuere insuficiente se podría pensar en la posibilidad de acciones de responsabilidad contra administradores, de derecho o de hecho, y contra algunos o todos los miembros de la persona jurídica. Ello acaece fundamentalmente respecto de terceros, pues la persona jurídica y sus miembros pueden tener interés en satisfacer los daños a la misma o a sus miembros directamente de quien los generó, y en estos casos no interesa la insolvencia o insuficiencia patrimonial.

Hemos destacado las responsabilidades de socios y administradores ante la insolvencia, pero también la acotamos a la existencia de daño⁸⁵.

El derecho societario protege imperativamente la dotación patrimonial a través de la causal de disolución por pérdida del capital social, cuya normativa opera en el derecho comparado “como un instrumento preconcursal”, y debería serlo en nuestro país conforme la función de garantía del capital social estatutario, en situación que importa, al igual que ciertos supuestos derivados de la causal del art. 94.4 LGS, situaciones de infrapatrimonialización que generan responsabilidad.

Es decir, la sociedad fue utilizada como un recurso para vulnerar los derechos de terceros al actuar en el mercado sin un capital acorde a su actividad. No todos

(84) La llamada inoponibilidad de la personalidad así asumida, desprendiéndose en esta generalización de la formulación especial del art. 54 *in fine* LGS, apunta exclusivamente a imputar y responsabilizar a socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, por los daños causados por la irregular actuación de ellos en relación a la persona jurídica. En la doctrina de EE.UU. se cuestiona la teoría del *disregard* por su imprecisión y se plantea si no es una modalidad de responsabilizar, llegando a sostener que no existen elementos esenciales diferenciadores entre esa teoría y de la presunción de responsabilidad por la *enterprise theory*. El abuso de técnicas personificadas comporta un sistema de responsabilidad o imputación propio de las relaciones de organización.

(85) Ver nuestros trabajos sobre el tema en www.acaderc.org.ar

los acreedores de la sociedad se encuentran en iguales condiciones para averiguar cuál es la solvencia de su deudor, piénsese por ejemplo en los acreedores laborales que pueden carecer de información al respecto al decidir si trabajan o no para determinado empleador. La aplicación de la solución prevista por el artículo 54 último párrafo de la ley 19550 al caso de infracapitalización societaria, acompaña la tendencia mayoritaria de la doctrina nacional y extranjera que se inclina a que los remedios para combatir la infracapitalización sustancial se busquen mediante la utilización de la doctrina de la inoponibilidad de la persona jurídica, descorrimiento del velo societario o *disregard of the legal entity*".

En el caso Interdumentaria S.R.L. se generó por infrapatrimonialización la responsabilidad solidaria de los socios⁸⁶.

VIII. Meditando

Recordemos algunas tendencias recientes en el derecho comparado, y formulemos algunas apreciaciones finales.

Por un lado, la de dar soluciones por vía extrajudicial. Las hemos comentado como así la doctrina de Juana Pulgar Ezquerro⁸⁷. Ahora se ha escrito para España que se viene incentivando "la puesta en marcha de mecanismos encaminados tanto a prevenir o superar la situación de insolvencia, eludiendo, en la medida de lo posible, la declaración de concurso (los conocidos como institutos concursales (...)). Precisamente (...) destaca (...) la expresa previsión en nuestra LC de la capitalización de créditos o, en su terminología anglosajona, *debt equity swap*, como posiblemente integrante de los acuerdos concursales (...). Ahora bien, este expreso reconocimiento en la normativa, en los términos previstos actualmente (...) alguna especialidad a los requisitos que, desde un punto de vista societario, ha de revestir el acuerdo de aumento de capital necesario para la capitalización de créditos prevista. Pero yendo más allá, con ocasión de esta reforma también se introdujo el controvertido régimen de responsabilidad de los socios del deudor, que puede resultar en su condena a la cobertura, total o parcial, del déficit concursal resultante de la liquidación". Esto que acaban de leer podría creerse que es de nuestra pluma, pero no corresponde a la española Ascensión Gallegos Córcoles en su libro de 2019⁸⁸ y a la inmediata anterior reforma a la ley concursal española de concursos y

(86) CARLINO, Bernardo – RICHARD, Efraín H. "Infracapitalización pre y post pandemia", *RDCO*, julio-agosto 2020. N° 303, p. 3.

(87) PULGAR EZQUERRA, Juana. *Preconcuralidad y acuerdos de refinanciación. Adaptado a la ley 38/2011 de 10 de octubre, de reforma de la ley concursal*, Ed. La Ley grupo Wolters Kluwer, Madrid, julio 2012. RICHARD, Efraín Hugo. "Notas en torno a la preconcuralidad societaria: un estudio comparado", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Editorial La Ley, RPC 20/2014, Reseña Legislativa española y comparada. Madrid 2014, pp. 423 a 446.

(88) GALLEGO CÓRCOLES, Ascensión. "La capitalización de créditos mediante aumento del capital social (*debt equity swap*)", Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra-España, 2021, p. 17 y ss.

refinanciación, art. 100, y no al art. 150 del Código Civil y Comercial introducido en el 2015 que ratifica nuestra anterior interpretación.

Por el otro lado, nuevas causales de disolución y de responsabilidad de administradores se han generado en Colombia. Un afinamiento de lo que se viene sosteniendo. De un reciente ensayo de Diana Rivera extraemos: “B. El concepto de la hipótesis de negocio en marcha en la normatividad colombiana. Es el mismo Decreto 2420 de 2015 ya citado, el que se encarga de definir ‘la hipótesis de negocio en marcha’ como (...) un principio fundamental para la preparación de los estados financieros de propósito general de una entidad. Bajo este principio, se considera que una entidad cuenta con la capacidad de continuar sus operaciones durante un futuro predecible, sin necesidad de ser liquidada o de cesar en sus operaciones y, por lo tanto, sus activos y pasivos son reconocidos sobre la base de que los activos serán realizados y los pasivos cancelados en el curso normal de las operaciones comerciales”. “C. La causal de disolución, artículo 4 Ley 2069 de 2020. (...) Artículo 4 Ley 2069 de 2020. Causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha. Constituirá causal de disolución de una sociedad comercial el no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha al cierre del ejercicio, de conformidad con lo establecido en la normatividad vigente. Cuando se pueda verificar razonablemente su acaecimiento, los administradores sociales se abstendrán de iniciar nuevas operaciones, distintas a las del giro ordinario de los negocios, y convocarán inmediatamente a la asamblea general de accionistas o a la junta de socios para informar completa y documentadamente dicha situación, con el fin de que el máximo órgano social adopte las decisiones pertinentes respecto a la continuidad o la disolución y liquidación de la sociedad, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber. Sin perjuicio de lo anterior, los administradores sociales deberán convocar al máximo órgano social de manera inmediata, cuando del análisis de los estados financieros y las proyecciones de la empresa se puedan establecer deterioros patrimoniales y riesgos de insolvencia, so pena de responder solidariamente por los perjuicios que causen a los asociados o a terceros por el incumplimiento de este deber. El Gobierno nacional podrá establecer en el reglamento las razones financieras o criterios para el efecto”. “(...) Lo que para nosotros es claro es que son momentos y situaciones distintos en el curso del ejercicio y al cierre del mismo. La Ley 2069 fue clara al indicar que la causal se verifica al cierre del ejercicio y no en un período intermedio. No obstante, esto no impide que en el curso del ejercicio pueda procederse de esta manera cuando se establezca que es inminente la liquidación o el cese de las operaciones (...) pero que al parecer el legislador ha querido resaltar, que es el de advertir oportunamente la crisis ante el ‘deterioro patrimonial’ o ‘riesgo de insolvencia’ y alertar al órgano societario. En cuanto al deterioro patrimonial, consideramos que es la variación negativa de alguno de los indicadores financieros o de gestión, sin embargo, ¿con “riesgo de insolvencia” a que se refiere el legislador? Por riesgo, se entiende ‘contingencia o proximidad de

un daño' y en este caso, el daño es la 'insolvencia'. En cuanto la insolvencia que se ve próxima, en la medida en que legislador no diferencia, podría referirse tanto al concepto técnico de insuficiencia del activo para atender el pasivo, o a los procesos de insolvencia, que presuponen obviamente dificultades, dentro de las que está incluida la mencionada insolvencia. En cualquiera de los escenarios, consideramos que es evidente que el legislador nos ubica en la etapa previa de una crisis, aunque no necesariamente en una zona de insolvencia, como lo veremos más adelante (...).

D. La configuración de la causal. Para evaluar la hipótesis de negocio en marcha, teniendo en cuenta lo establecido en las normas internacionales, es necesario entender que cada empresa debe realizar sus estados financieros bajo la suposición de que el negocio se va a mantener de la misma forma en la que viene funcionando y, que de existir alguna posible problemática se debe revelar en las notas a los estados financieros. (...) (Q)uien reclama la solidaridad le bastará acreditar que no se convocó oportunamente a la junta o la asamblea, sin que el administrador demandado pueda liberarse demostrando que no obró con culpa (...). Con respecto al artículo 458 del Código de Comercio es importante hacer una serie de precisiones. En primer término, la situación de falencia económica se debe mirar de conformidad con la responsabilidad profesional del administrador, razón por la cual, responde tanto si tuvo conocimiento de la crisis patrimonial o si debió tener conocimiento de la misma si hubiera obrado como un buen hombre de negocios. Como bien se sostiene, se trata de una especial responsabilidad legal". Por otra parte, en cuanto al supuesto de responsabilidad del citado artículo 458, el profesor Felipe Suescún advierte que los administradores serán solidariamente responsables por las operaciones que comiencen una vez se hayan verificado las pérdidas patrimoniales, siempre que dichas operaciones causen algún perjuicio a los accionistas o terceros. La expresión "cuando se verifiquen", no ha de ser entendida en el sentido de que la responsabilidad de los administradores se determina exclusivamente a partir del momento en que se realizó la comprobación real de las pérdidas, sino que también surge desde el momento en que las pérdidas debieron ser detectadas. En aquellos casos en que los acreedores de la sociedad no logren percibir sus créditos y, por tanto, sufran un daño, podrán interponer una acción de responsabilidad contra los administradores que continuaron con las distintas actividades de la sociedad luego de haberse producido una pérdida grave de capital"⁸⁹.

En todo este ensayo hemos intentando una sistemática basada en la libertad bajo responsabilidad. Por eso, ante la eventual insuficiencia del capital social, que hace a un tema de infrapatrimonialización, que es una zona gris⁹⁰, se abre una línea

(89) RIVERA, Diana. "Nueva causal de disolución en el régimen societario colombiano y su impacto en los deberes del administrador", en MARYTÍNEZ BLANCO, C. (Coord.) *Estudios de Derecho Concursal Uruguayo*", Tomo VIII, Montevideo, 2021, p. 211 y ss., esp. 243.

(90) Se usa y hemos usado "infrapatrimonialización material", tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, en forma imprecisa. JUNYENT BAS, Francisco A. "La infracapitalización societaria. Responsabilidad de administradores y socios", *La Ley* 13/05/2009, 13/05/2009, 1- La Ley 2009-C, 1045.

roja, las *red flags* que funcionan incluso en la *one dollar corporation*, pues cuando el balance como declaración unilateral de verdad es aprobado por la asamblea indicando que el patrimonio neto es neutro o negativo significa que se ha perdido ese dólar, que era una barrera. Y en muchas legislaciones la línea roja se traza con la pérdida de sólo parte del capital social, en la Argentina recién el 100%, pero sería suficiente si se aplicara, pero en derecho concursal de eso no se habla, particularmente al homologar acuerdos.

Confiamos que las nuevas normas del CCC que se unen a las tradicionales de las legislaciones societaria y concursal -que deben integrarse en la crisis de personas jurídicas societarias- servirán para prevenir el daño, salvar sociedades de sus propios administradores de ser necesario y puestos de trabajo. A su vez, el adecuado consejo de profesionales de las ciencias económicas y jurídicas a administradores y socios de sociedades en dificultades les prevendrán de asumir responsabilidades, y con adecuadas técnicas equilibrarán las relaciones de ciertos acreedores y de la sociedad para la recuperación con menores costos de transacción de ésta.

Esta visión sobre la función de garantía del capital social, en realidad la infrapatrimonialización, y la responsabilidad de administradores, síndicos y algunos socios -que han desconocido las normas imperativas o han sido mal asesorados- entreabre nuevas perspectivas para los acreedores en caso de concurso o quiebra de una sociedad, incluso en caso de juicios individuales ante la falta de bienes de una sociedad no liquidada.

Este ensayo deja abierta la conveniencia de converger sobre una axiología de la empresa, o mejor aún de las relaciones de organización personificadas societariamente, para atender desde la genética (concepción) hasta la liquidación (muerte), y a través de su funcionalidad (vida) colaborando con la interpretación constructivista en el perfeccionamiento y simplificación del sistema normativo, y en la predictibilidad de las conductas (de jueces y de administradores y partícipes de esas relaciones), para utilizar correctamente la institución jurídica sociedad, no afectando a terceros deliberadamente o por falta de adopción de las prácticas previstas en la legislación para la sociedad-persona jurídica, más allá del riesgo empresario.

No hay daño si la sociedad cumple con las obligaciones dinerarias, incluso dispuestas por una sentencia. El reclamo a socios (incluso a administradores) debe fundarse en la existencia de daño, como el impago de las obligaciones o de las sentencias, y a la existencia de un obrar antijurídico y de un factor de atribución causal.

Administradores y socios ante un balance deficitario pueden no liquidar la sociedad, pero si luego no pueden satisfacer el pasivo deberán asumir la respon-

Se impone precisar que la infrapatrimonialización material no siempre importa la pérdida del capital social, que vinculamos a la inexistencia de patrimonio exteriorizado y no meramente insuficiente. La terminología está ligada a la "función de productividad" y nosotros nos estamos concentrado en la "función de garantía del capital social".

sabilidad que resulta del art. 99 LGS, indubitadamente los administradores y los socios conforme su conocimiento y conducta. La Memoria debería haber explicitado porque no se recurrió a la previsión del art. 96 LGS y se continuó el giro.

Ese art. 99 LGS tiene un efecto similar a la previsión del art. 54 *ter* LGS, en cuanto a responsabilizar por los daños causados⁹¹, ahora calificado por el art. 167 *in fine* CCC.

Se afirma “Las empresas, antes de estar en crisis, pasan por dificultades económicas y preceden a la crisis empresarial o ‘insolvencia’ en un sentido estricto del término”. (...) (U)na vez resulten notorias las dificultades por las que pasa la empresa (...) ponen en marcha una serie de fuertes estímulos perversos sobre socios y administradores. Tales estímulos les empujarán a desarrollar ciertas estrategias no ‘cooperativas’ en perjuicio de los acreedores (...). La difusión pública de información (*mandatory disclosure*) permite abaratar los costes de transacción inherentes a la asimetría informativa y, sin embargo, ha sido criticada por quienes sostienen que la publicidad de las señales de alarma produce como efecto indeseable la aceleración del proceso de degradación de la empresa en dificultades. Es la ‘profecía autocumplida’ (*self-fulfilling prophecy*) (...). Todas estas cuestiones son analizadas a partir del examen del rudimentario sistema de alarmas que encuentra su insuficiente acomodo en el art. 209.1.b) LSA⁹² -en España aclaramos- y en una legislación de desarrollo de ínfimo rango normativo. Ése es el hilo conductor del trabajo, porque proporciona una excelente atalaya desde la que examinar la insuficiencia de nuestro Derecho de sociedades actual en punto al tratamiento societario adecuado del problema de la prevención y de la empresa que soporta un riesgo de insolvencia o de peligro para la continuidad (lo que se conoce por *going concern*)⁹³.”

La ley concursal es una ley especial -un escudo protector-, pero no puede alterar las normas imperativas de la ley societaria específica que regula a la persona jurídica societaria, conforme el art. 150 CCC, menos es una isla⁹³, pero el sistema jurídico

(91) “Las soluciones negociadas como respuesta a la insolvencia empresarial. Visión desde el derecho argentino: la preconcursalidad societaria”. *Este modo de razonar, que es la negación del que emplean para hablar entre sí las personas razonables, es el que algunos llaman “oratoria forense”* (CALAMANDREI, Piero. *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Ed. Ejea, Buenos Aires 1969, p. 76 en libro colectivo de Editorial Aranzadi, España, Director José Antonio García Cruces, p. 33 y ss.; RICHARD, Efraín Hugo. “Notas en torno a la preconcursalidad societaria: un estudio comparado”, cit. pp. 423 a 446; DUPRAT, Diego (Coord.). *Conflictos generados por la insolvencia de sociedades y soluciones societarias a sus crisis económico-financieras-patrimoniales* (arts. 94.5, 96 y 99 Ley de Sociedades Comerciales) tomo III, tratado coordinado por, Parte III, Capítulo 5 pág. 2793 y ss., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2013; “Una visión rioplatense sobre las crisis societarias y cómo abordarlas ¿Un problema del derecho concursal? (An Argentine perspective on confronting corporate crisis: is this a bankruptcy law issue?)”, en *Revista de Derecho* 2013, 08, de la Universidad Católica de Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, pp. 257 a 302. “Concursos de sociedades. Propuestas de acuerdo con abuso o fraude a la ley”, *La Ley*, tomo 2014-d- diario del miércoles 6 de agosto de 2014, pp. 1 a 6.

(92) FERNANDEZ DEL POZO, Luis. *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal (Auditoría y prevención de la crisis empresarial [art. 209.1.b) LSA])*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001.

(93) Ver el ensayo de E. Daniel Truffat que citamos en la nota siguiente.

general es un sistema integrado y por suerte esa integración hace que amanezca en la interpretación, lo que no es poco⁹⁴.

Este es el equilibrio que nos permitimos presentar en ese desafío que es la integración de normas de diverso origen, con interpretaciones incipientes e incluso disidentes, a través de las cuales se irá construyendo el sistema integral de la regulación de las relaciones de organización personificadas como sociedades, respecto a lo cual la visión judicial dará enfoques definitivos, a cuyo fin debemos debatir para facilitar la ardua tarea de la judicatura, pero al mismo tiempo cumpliendo nuestro rol de asesores para evitar daños y responsabilidades en la funcionalidad de esta maravillosa herramienta de organización que constituyen las sociedades.

La doctrina debe colaborar para facilitar la labor de los jueces en la integración que no debe constituirse en una carrera de obstáculos sino en un inteligente diálogo de fuentes, acotada por nuestra Constitución Nacional.

Y para el análisis de un derecho societario de crisis, hacer congruente la legislación concursal con la societaria. ¡Menuda tarea!

(94) Parafraseando los títulos de una polémica con el jurista y amigo E. Daniel Truffat: RICHARD, Efraín Hugo. "Amanece, que no es poco... (sobre crisis societarias)", *Revista de las sociedades y concursos*, año 16, 2015 nos. 2/3, p. 99, en respuesta al ensayo que tuvo a bien hacernos llegar un formado jurista y querido amigo, con quién hoy integramos la comisión académica del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (sede México), prof. dr. E. Daniel Truffat; "El derecho concursal no es una isla, pero sí es un derecho especial", publicado en la misma *Revista* inmediatamente antes de nuestro artículo, acercándonos en las posiciones doctrinarias que nos separan en tal sentido y nos unen en la amistad y la vocación compartida, pues en la disidencia madura y respetuosa se construye el derecho. Hoy compartimos la organización, dirección y coordinación de los conversatorios del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

ANTOLOGÍA JUDICIAL Y TEORÍA GENERAL DEL DERECHO AMBIENTAL

JUDICIAL ANTHOLOGY AND GENERAL THEORY OF ENVIRONMENTAL LAW

Alicia Morales Lamberti

Resumen: El presente trabajo realiza una sintética “topología conceptual” de las resoluciones judiciales y de los votos de Ricardo Lorenzetti, tratando de descubrir la “microfísica” del estudio aplicado en las diversas causas judiciales ambientales resueltas, bajo su concepción del paradigma ambiental: su modo de abordarlas, de pensarlas, construirlas y expresarlas, de un modo que se presentan como un todo indivisible, demostrativo de una unidad lógico jurídica.

Palabras-clave: Teoría general del derecho ambiental - Jurisprudencia ambiental - Ricardo Lorenzetti - Paradigma ambiental.

Abstract: The present work carries out a synthetic “conceptual topology” of the judicial decisions and the votes of Ricardo Lorenzetti, trying to discover the “microphysics” of the study applied in the various environmental judicial cases resolved, under his conception of the environmental paradigm: mode to approach them, to think about them, construct them and express them, in a way that they are presented as an indivisible whole, demonstrating a legal logical unit.

Keywords: General Theory of Environmental Law - Environmental Jurisprudence - Ricardo Lorenzetti - Environmental Paradigm.

Sumario: I. Introducción. II. Estado de derecho ambiental y paradigma ambiental. III. El ambiente como bien jurídico colectivo. IV. Función ecológica en el ejercicio de los derechos fundamentales. V. Responsabilidad intrageneracional e intergeneracional. VI. Teoría de las fuentes. VII. El derecho humano al agua. VIII. Integridad ecosistémica y jurídica de las cuencas hídricas y los ecosistemas relacionados. IX. Principios ambientales. X. Principios in dubio pro ambiente y pro agua. XI. Cumplimiento, eficacia y aplicación efectiva del derecho ambiental. XII. Proceso ambiental y medidas cautelares. XIII. Evaluación de impacto ambiental. XIV. Relación de síntesis.

* Trabajo recibido el 10 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 7 de octubre del mismo año. Similar tema ha sido desarrollado recientemente en la Revista de Derecho Ambiental.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesora Titular Plenaria de Derecho de los Recursos Naturales y Ambiental en la Facultad de Derecho de la UNC. Miembro titular del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

I. Introducción

Se puede convenir que una antología¹ judicial centrada en la producción intelectual y judicial de un magistrado, no es frecuente. Sin embargo, en el derecho ambiental habitan juristas que, por ser irreductibles, singulares, diferentes, irradian su producción intelectual en decisiones judiciales que tienen memoria para la formación de consciencia colectiva. Un juez ambiental depositario público de la confianza de la sociedad en la interpretación y aplicación de la ley.

Se trata de una doctrina judicial, cuya trascendencia no suele advertirse suficientemente, y donde las respuestas a los conflictos socioambientales, son necesariamente “situados”: sus características están determinadas por el contexto ecológico, histórico, cultural, social y económico en que se inscriben y evolucionan, trabajando prospectivamente, con un enlace entre el momento presente, pero asegurando un futuro con sentido común.

Su abordaje constituye una experiencia desafiante y un interesante camino por recorrer, si se enfoca bajo la lente de lo que podemos llamar una “topología conceptual”² de sus votos. Al poner su actividad intelectual como inmediatamente “práctica”, el jurista-juzgador en una causa judicial concreta, debe concebir un modo de abordarla, de pensarla, construirla y expresarla, de un modo que, aunque seguramente diferente de su actividad teórica como doctrinario, evidencie una continuidad lógica entre ambas.

Esta antología de la doctrina judicial generada a partir de los más significativos votos del ex Presidente y actual Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo L. Lorenzetti, aunque no sea exhaustiva, procura evidenciar cómo su pensamiento doctrinario y el efectivo ejercicio de su función judicial en el Máximo Tribunal, han contribuido a sentar bases esenciales de la actual teoría general del derecho ambiental, sus principales institutos, reglas, principios y valores, con especial énfasis en su denominada teoría de la implementación, orientada hacia la eficacia del derecho ambiental.

II. Estado de derecho ambiental y paradigma ambiental

El derecho ambiental, tiene en nuestro sistema legal, jerarquía y tutela constitucional (artículo 41 Constitución Nacional). El Estado de Derecho Ambiental, es la vigencia de la ley dentro de un paradigma ambiental³. En ese sentido, el reconocimiento de estatus constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así

(1) La palabra “antología” proviene del griego *anthos*, que significa “flor”, y *legein*, que quiere decir “escoger” o “seleccionar”. Así, originalmente la palabra se usaba para designar una selección de flores para un ramillete.

(2) DELEUZE, Gilles. “Entretien sur Mille Plateaux”, Pourparlers, París, p. 45.

(3) UICN, Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza. Acerca del Estado de Derecho en materia ambiental. Congreso Mundial de Derecho Ambiental

como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental (art. 41 CN) no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente⁴.

La Constitución Nacional tutela al ambiente de modo claro y contundente y la doctrina judicial de Ricardo Lorenzetti, ha desarrollado esa cláusula de un modo que permite admitir la existencia de un componente ambiental del Estado de derecho⁵, donde resulta imprescindible crear un contexto institucional que promueva el cumplimiento de la ley de modo coherente con el sistema ecológico⁶, en razón que el verdadero Estado de derecho no puede existir sin la sustentabilidad ecológica y un Poder Judicial independiente⁷. El Estado de derecho es un sólo estado, y si admite un sistema protectorio de la parte débil, también se aplica a la naturaleza; si admite un sistema de derechos humanos colectivos, también se aplica en este campo⁸.

Entre esos aspectos, se incluyen⁹ mecanismos eficaces de rendición de cuentas, transparencia, ética, integridad y lucha contra la corrupción, así como la utilización de los mejores conocimientos científicos disponibles. Se trata de categorías que operan a modo de principios transversales¹⁰: igualdad y no discriminación; acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia ambiental.

de la UICN, Brasil, 2016. Vid. LORENZETTI, R. *Principios e instituciones de derecho ambiental*, Wolters Kluwer, Madrid-España, 2019, p. 85.

(4) CSJN, Mendoza, Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional Y Otros y Otros s/ Daños y Perjuicios (Daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo), 20/06/2006. Fallos: 329:2316; CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”. 04/06/2019. Fallos 342:917 y CSJN, “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbrera y otro s/ sumarísimo”. 23/02/2016. Fallos: 339:142.

(5) CSJN, “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental”, 26/04/2016. Fallos: 339:515 y CSJN, “Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques Nacionales- Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental”, 25/02/2021. Fallos 344:174.

(6) LORENZETTI, Ricardo L. *Teoría del Derecho Ambiental*, Edit. La Ley, 2008, p. 2.

(7) BENJAMIN, Antonio. “Função ambiental”, en *Dano Ambiental. Prevenção, reparação, e repressão*, Editorial Rev. Dos Tribunais, 1993, p. 49.

(8) LORENZETTI, R. Conferencia en el Congreso Argentino de Derecho Ambiental, 2018.

(9) LORENZETTI, R. *Principios e instituciones de derecho ambiental*, Op. cit., p. 86. Un Estado de Derecho Constitucional implica afirmar que rige el principio de la decisión mayoritaria con el límite de los derechos fundamentales. La mayor garantía que se puede otorgar a estos derechos es que no sean derogados por las mayorías ni por el mercado. Ello debe ser entendido como una garantía de contenido mínimo. Si no fuera así, directamente no funcionaría la democracia, porque los derechos ya estarían previamente adjudicados por técnicos o por jueces, sin debate alguno en la sociedad, satisfaciendo a unos con exclusión de otros.

(10) Se trata de principios que integran los estándares contemplados en el enfoque de derechos humanos de la Corte Interamericana, a saber: 1) contenido mínimo de los derechos y universalidad;

El Estado de Derecho Ambiental se basa en reglas, principios y valores democráticos participativos y deliberativos: una concepción democrática deliberativa de la gobernanza ambiental. Por ello, la inexistencia del Estado de Derecho en materia ambiental y la falta de cumplimiento de los derechos y las obligaciones de índole legal, podrían tornar arbitrarias, subjetivas e impredecibles a la buena gobernanza, la conservación y la protección ambiental¹¹. Calificar jurídicamente a determinados derechos ambientales como fundamentales produce dos tipos de efectos: declaración de inconstitucionalidad de leyes que los afecten gravemente y pretensiones positivas de satisfacción del contenido mínimo del Derecho, como ocurre con el acceso al agua potable.

Con ello, la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras¹².

La Constitución Nacional (CN) permite afirmar la existencia de deberes positivos de protección ambiental, entre los cuales se destaca el deber de preservarlo. El ambiente no es para la CN un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario. Ello surge del art. 41 de la Norma Fundamental argentina, que al proteger al ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos en cabeza de los particulares y del Estado. En el derecho infraconstitucional se desarrollan estos deberes en la Ley General del Ambiente y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado¹³. En el mismo sentido, y en orden a la efectividad de esa protección, el artículo 240 en nuestra legislación civil y comercial, establece como límite al ejercicio de los derechos individuales, la preservación del funcionamiento y la sustentabilidad de los ecosistemas, de la flora, la fauna, la bio-

2) respeto por los derechos humanos, incluido el derecho a un medio ambiente sano, seguro y sostenible; 3) progresividad y no regresividad; 4) igualdad y no discriminación; 5) acceso a la justicia y mecanismos para la resolución imparcial, independiente y oportuna de las controversias; 6) reglas eficaces sobre el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia ambiental y 7) participación de los sectores afectados en el diseño de las políticas públicas.

(11) LORENZETTI, R. *Principios e instituciones de derecho ambiental*, Op. cit., pp. 36-37.

(12) CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios (Daños Derivados de la Contaminación Ambiental del Río Matanza- Riachuelo)”. 20/06/2006. Fallos: 326:2316 y CSJN, “Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques Nacionales- Estado Nacional y otros s/ amparo ambiental”, 25/02/2021. Fallos 344:174.

(13) CSJN, La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas, 01/12/2017. Fallos: 340:1695, cons. 6) y CSJN, in re “Barrick”, 04/06/ 2019. Fallos 342:917.

diversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial¹⁴.

En ese marco, el estudio del Derecho Ambiental requiere una descripción del contexto cultural en el que se desenvuelve. De esa manera se comprende que no es una mera especialidad ni un problema de derechos individuales, sino un cambio de paradigma¹⁵. La existencia de un paradigma ambiental, que actúa como un principio organizativo del pensamiento retórico, analítico y protectorio, que se vincula con la interacción sistémica y con los enfoques holísticos¹⁶, emerge cuando la naturaleza aparece como un sujeto vulnerable, necesitado de protección: la “naturaleza”, como totalidad, y no sólo sus partes, es lo que ahora aparece como recurso escaso, cuestión que nos presenta un escenario conflictual diferente a los que conocemos.

Precisamente, porque el Derecho Ambiental requiere una descripción del contexto en el que se desenvuelve, la protección de la diversidad cultural¹⁷ ha sido recientemente integrada como un sub componente del paradigma ambiental: “el respeto a la identidad cultural”. En su voto (compartido) Lorenzetti hace realidad el modelo de Estado multicultural, plural y diverso que ha adoptado nuestro país, donde las diversas etnias, culturas y nacionalidades que habitan el suelo argentino se congregan, a los fines institucionales y con sus matices, bajo el mismo techo constitucional.

El paradigma ambiental, receta un giro ontológico que se aparta del proceso de ordenación y categorización propio de la cultura dominante. La otredad cultural “corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo”¹⁸, constituida a partir de la cosmovisión y valores espirituales que emana de una estrecha relación intersubjetiva de pueblos con sus territorios y recursos naturales, en especial los aspectos colectivos de esa relación. El modelo de institucionalidad

(14) CSJN, in re “Saavedra”, 25/02/2021. Fallos 344:174.

(15) LORENZETTI, Ricardo. *Principios e instituciones de derecho ambiental*, Op. cit., p. 23.

(16) LORENZETTI, Ricardo L. *Teoría del Derecho Ambiental*, Op. cit., p. 3. El holismo ofrece otra visión del mundo, diferente de aquella que la ciencia tradicional representa, basada en la falsa creencia que la naturaleza debe ser fragmentada para ser mejor comprendida.

(17) CSJN, “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/acción de Inconstitucionalidad”, 08/04/2021. Fallos: 344:441. “(...) la reforma de la Constitución Nacional de 1994 reemplazó la antigua cláusula del art. 67, inciso 15, que disponía como obligación del Congreso Nacional la de “conservar el trato pacífico con los indios, y promover a la conversión de ellos al catolicismo”, tratándolos como sujetos ajenos a la vida nacional colectiva y como objetos de dominación cultural, por el actual art. 75, inciso 17, que da cuenta de la adopción de un nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural. Esta disposición, luego de afirmar la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, les garantiza un conjunto de derechos específicos basados en el deber de asegurar “el respeto a su identidad cultural”, entre los que destaca como instrumento para hacerlos efectivos el derecho a la participación en la gestión referida a los recursos naturales y otros intereses que los afecten”.

(18) CORTE IDH, Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C núm. 125, 2010.

política del Estado ha sido históricamente construido y definido a través del sometimiento de diversas culturas a los valores y concepciones de una cultura hegemónica; el paradigma de protección de la diversidad cultural cuestiona el ideal de una ciudadanía homogénea y, por lo tanto, asimilacionista con los pueblos indígenas y advierte, por el contrario, que se debe lograr el efectivo reconocimiento de la diferencia y un diálogo abierto que permita discutir sobre los espacios y mecanismos de interacción entre la forma de vida indígena y la no indígena¹⁹.

De la existencia de un paradigma ambiental y cultural, que actúa como un principio organizativo del pensamiento, surge no sólo una nueva disciplina, como se suponía con las etapas anteriores, puesto que estamos ante una cuestión que incide en el plano propositivo de las hipótesis, y es, fundamentalmente, una mudanza epistemológica²⁰. Esta etapa “paradigmática”, es la que está cambiando el modo de ver los problemas y las soluciones proporcionadas por nuestra cultura.

Quien se basa en paradigmas, da preeminencia al contexto por sobre la norma y para alcanzar soluciones a los debates acerca de esta etapa “paradigmática”, se propone lograr una armonización del sistema jurídico con el ecológico, todo lo cual implica identificar el bien jurídico protegido y luego fijar los instrumentos para que ese objetivo sea cumplido con eficacia²¹.

III. El ambiente como bien jurídico colectivo

El primer elemento novedoso que trae el paradigma ambiental es el advenimiento de un bien jurídico del que no se tenía antecedentes: el ambiente. El mismo no pertenece a las categorías clásicas. En efecto, la caracterización del ambiente como “un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible”²², cambia sustancialmente el enfoque del problema, que no solo debe atender a las pretensiones de las partes²³.

El daño que un individuo causa al bien colectivo ambiente se lo está causando a sí mismo. La mejora o la degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual²⁴. La noción jurídica de ambiente, como bien colectivo de jerarquía constitucional que por su naturaleza jurídica es de uso común, indivisible y está tutelado de una manera no disponible por las partes, es el referente teórico, práctico y finalista de un

(19) CSJN, *in re* Comunidad Mapuche Catalán, 08/04/2021. Fallos: 344:441.

(20) LORENZETTI, R. *Principios e instituciones de derecho ambiental*, Op. cit., p. 24.

(21) *Ibidem*, p. 39.

(22) Cfr. Fallos: 340:1695 (La Pampa, Provincia de c/ Mendoza) y Fallos 329:2316.

(23) CSJN, *in re* “Barrick”, 04/06/2019. Fallos 342:917.

(24) CSJN, *in re* “Mendoza”, 20/06/2006. Fallos: 326:2316.

orden público ambiental indisponible, que suscita no sólo una mutación solamente disciplinaria sino epistemológica²⁵.

Los derechos de incidencia colectiva tienen por objeto bienes colectivos, como el ambiente en sí mismo. En estos supuestos, Lorenzetti define -en su voto en la causa "Halabi"-, que existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes²⁶. En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno²⁷.

En consecuencia, el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible (Fallos: 329:2316 y 340:1695)²⁸. El bien colectivo es un componente del funcionamiento social y grupal. Por ello cuando se lo afecta, el daño moral está constituido por la lesión al bien en sí mismo con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga²⁹. Además del ambiente como macro bien, integra micro bienes ambientales, tal el caso del uso del agua es un micro bien ambiental y, por lo tanto, también presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible³⁰.

(25) Cfr. LORENZETTI, Ricardo L. *Las normas fundamentales de derecho privado*, Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 483.

(26) CSJN, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16986". Fallos: 332:111.

(27) Cfr. fallos de la Corte Suprema: "Mendoza" (Fallos: 326:2316), los votos de Ricardo Lorenzetti en "Mujeres por la vida" (Fallos: 329:4593) y la sentencia "Halabi" (Fallos: 332:111) y especialmente su libro "Justicia colectiva", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

(28) Desde la perspectiva de la noción jurídica de ambiente, como bien colectivo de jerarquía constitucional situado en la esfera social y que, por su naturaleza jurídica, es de uso común e indivisible, su menoscabo se conceptúa como daño ambiental colectivo conforme el artículo 27 de la ley 25675, que establece: "Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos".

(29) LORENZETTI Ricardo. "Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos", LL 1996-D-1030 y ss.

(30) CSJN, "Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas-". 03/12/2019. Fallos 342:2136.

El ambiente es un “macrobien”, y como tal es un sistema, lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas. Un concepto donde predomina la noción de “interrelación” o “sistema” que es esencial para la comprensión³¹. Por su parte, los “microbios” son partes del ambiente, que en sí mismos tienen la característica de subsistemas, que presentan relaciones internas entre sus partes y relaciones externas con el macrobien.

Esta concepción sistémica y relacional, que coincide con la Encíclica del Papa Francisco *Laudato Si'* cuando hace referencia a la “ecología integral y sistémica”, posee trascendencia en teoría del derecho ambiental y en el rol del juez Lorenzetti en su implementación: “cuando los jueces toman decisiones en materia ambiental hay que tener en cuenta los sistemas, y cuál es el impacto sistémico”.

IV. Función ecológica en el ejercicio de los derechos fundamentales

Entre todas las reglas, principios y valores que enmarcan el Estado de Derecho Ambiental, se destaca la función ecológica o ambiental en el ejercicio de los derechos fundamentales, circunstancia que conlleva la inescindible compatibilización entre las prerrogativas individuales y las colectivas³².

La moderna concepción de las medidas necesarias para la protección respecto del medio ambiente, se basan esencialmente en los principios preventivo y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles³³ y reparatorios del daño ambiental³⁴. Todo ello advierte, que la racionalidad que presupone el Estado de Derecho Ambiental para el campo legal, no es ya antropocéntrica sino ecocéntrica e intergeneracional³⁵. El dualismo del antropocentrismo, es suplantado por redes relacionales que integran en igual jerarquía a distintos seres vivos u otros componentes del ambiente. Se conforman así, comunidades que son tanto sociales como ecológicas, obligando a pensar desde otros puntos de partida cómo se concibe jurídicamente el mundo natural.

Si bien la distinción entre dos justicias -una ambiental y otra ecológica- es reciente, las múltiples disposiciones normativas que existen y el enfoque pluralista que promueve en nuestro caso la propia Constitución Nacional, hacen que su relación

(31) Cfr. LORENZETTI, R. *Principios e instituciones de derecho ambiental*, Op. cit., pp. 98-99.

(32) LORENZETTI, Pablo, *La función ecológica en el Estado de Derecho Ambiental Argentino*, en IUCN WCEL, *Country and Region Reports*. World Commission on Environmental Law, 2018.

(33) CSJN, “Asociación Civil Protección Ambiental del Río Paraná c/ Carboquímica del Paraná SA”, 02/07/2020. Fallos 343:519.

(34) CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios ambiental (derivados de la contaminación ambiental del río Matanza- Riachuelo)”, 19/02/2015. Fallos: 338:80.

(35) LORENZETTI, Pablo. “La función ecológica en el Estado de Derecho Ambiental Argentino”, Op. cit., 2018.

(formal) sea dinámica y en permanente evolución, permitiendo la coexistencia del paradigma ambiental con el paradigma ecológico³⁶, basado en el reconocimiento de valores intrínsecos y derechos de la naturaleza, en el marco de una justicia ecológica intergeneracional.

Es posible identificar al menos tres aproximaciones teóricas que enraízan en el derecho ambiental argentino: En primer lugar el enfoque antropocéntrico (derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano art. 41 CN) y en segundo lugar, una visión biocéntrica intergeneracional, que reivindica concepciones más globales y solidarias de la responsabilidad humana, que abogan -en igual medida- por los deberes del hombre con la naturaleza y las generaciones venideras: “las actividades productivas deben satisfacer las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras”.

Pero también, y complementariamente, se distinguen precisos enfoques ecocéntricos, que si bien conciben a la naturaleza como bien colectivo (objeto), su protección y restauración se fundamenta en valores intrínsecos propios de un sujeto de derechos, que permiten cosmovisiones plurales y alternativas a los planteamientos anteriores (el daño ambiental generará la obligación prioritaria de recomponer (art. 41 CN). En este sentido, la recomposición y compensación ecosistémica comporta un tipo de restitución aplicada exclusivamente a la naturaleza.

Esta visión ecocéntrica, a modo de ejemplo, claramente se recepta en varias normas de la Ley General del Ambiente 25675), entre cuyos objetivos está “mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos”; “posibilitar la sustentabilidad ecológica” (art. 1º); “(...) garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga” (art. 6º); y la concepción de daño ambiental colectivo: “Se define el daño ambiental como toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”.

Más ampliamente, el art. 240 del nuevo Código Civil y Comercial, que instituye un “orden público de coordinación” y se erige como “columna vertebral del Derecho Ambiental” (Cafferatta, 2019), condensa una clara concepción eco-céntrica cuando establece que el ejercicio de los derechos individuales no sólo debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva, sino especialmente “no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad,

(36) Mientras la justicia ambiental se basa en los derechos a un ambiente sano o la calidad de vida, reconociendo las categorías jurídicas de bienes y derechos colectivos relativos al ambiente desde una perspectiva sujetos-objeto, y está destinada a resolver conflictos en una dimensión distributiva de desigual acceso social a recursos, bienes y servicios ambientales; la justicia ecológica parte de reconocer a la naturaleza desde sus valores propios: un objeto que quiere ser sujeto y generar relaciones intersubjetivas (sujeto-sujeto), que posee valores intrínsecos y sus propios derechos a que se respete integralmente su existencia, mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

En consecuencia, los derechos individuales, deben ser armonizados con los derechos de incidencia colectiva (arts. 14, 240 y 241 Código Civil y Comercial) para asegurar que el ejercicio de la industria lícita sea sustentable (arts. 1, 2 y 4 de la Ley General del Ambiente 25675), teniendo en cuenta el contexto de ponderación de los diversos derechos y bienes involucrados³⁷.

V. Responsabilidad intrageneracional e intergeneracional

En la teoría judicial de Ricardo Lorenzetti, del reconocimiento de la función ambiental de los derechos en el ámbito del paradigma de la justicia ambiental intergeneracional, emerge el paradigma ambiental, que se basa en una idea de interacción compleja y que toma en cuenta los efectos individuales y colectivos, presentes y futuros de la acción humana (derechos de cuarta generación o generaciones futuras), que representa para los individuos, un sistema donde predominan los deberes y los límites a los derechos en razón de la protección que demanda el bien colectivo.

Tempranamente, Lorenzetti advirtió que tradicionalmente se ha preferido la opción por el mayor valor presente de una actividad antes que por sus consecuencias futuras, que no entraban en la contabilidad. Ahora se obliga a realizar un balance, un equilibrio, que importa un juicio de previsibilidad abstracta futura, sobre las consecuencias que una actividad puede tener sobre las generaciones futuras y luego una valoración entre ellas y las presentes.

El sujeto “actual” es legitimado en función de integrar una generación “actual”, a la cual se le adjudica una responsabilidad, y para preservar un bien futuro. Es un moderno e impropio gestor de negocios ajenos, pero que no pertenecen a una persona sino a una generación, y que no está ausente, sino que todavía no existe. La regla de ahorrar o de preservar el medio ambiente para generaciones futuras establece una acción colectiva intergeneracional³⁸.

Por ello, reiteradamente ha señalado en sus votos, que en materia ambiental el caso debe ser analizado desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el citado artículo 4° de la Ley General del Ambiente introduce los principios de prevención del daño y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles³⁹. Dicho

(37) Cfr. “Barrick Exploraciones Argentinas”, 04/06/2019. Fallos 342:917 y “Saavedra, Silvia”, 25/02/2021. Fallos 344:174.

(38) LORENZETTI, Ricardo L. “Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos”, *La Ley* 1996-D, 1058 - Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales VI, 01/01/2007, 925.

(39) CSJN, *in re* “Mamani”, Fallos: 340:1193 y CSJN, “Cruz, Felipa”. Fallos: 339:142.

en otras palabras: el medio ambiente, las generaciones futuras y la naturaleza son un elemento transversal al derecho ambiental argentino.

Estas teorías científicas también ofrecen un nuevo entendimiento de la relación entre los seres humanos y su entorno. El supuesto de que nuestra especie es distinta e inherentemente superior a otras formas de vida o de que tenemos un lugar y una función privilegiados en el cosmos no tiene ninguna base científica (ONU, 2012).

En el abordaje actual, el paradigma ambiental completa la teoría de los derechos. Esta nueva “ontología” da lugar al surgimiento de deberes de protección de los bienes colectivos y a límites en el ejercicio de los derechos individuales que surgen cuando afectan al bien colectivo (ambiente) de modo irreversible⁴⁰.

Si la naturaleza posee valores objetivos, independientes de las valoraciones y prestación de utilidades para los seres humanos, al elenco de los conflictos ambientales de tipo distributivo y sus correlativos principios y reglas jurídicas basados en la equidad distributiva, se adicionan conflictos ontológicos que requieren ponderar la relación de orden intersubjetivo de los humanos con los elementos naturales no humanos y las generaciones futuras.

Consecuentemente, progresivamente el bio-centrismo, fue incorporando la mirada eco-céntrica y los valores intrínsecos, cuestionando los supuestos epistemológicos y jurídicos tradicionales que reducen la naturaleza a sus características físicas observables que posee un valor de cambio, como medida de todas las cosas. Así, el ambiente como bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible, requiere respuestas a intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica por los numerosos derechos afectados, exigiendo soluciones enfocadas en la sustentabilidad futura⁴¹. Por esta razón, reitera Lorenzetti, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan.

La tesis sostenida por Ricardo Lorenzetti, sobre el carácter policéntrico de los procesos colectivos, exige una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados que representan intereses horizontales competitivos.

En el marco de una justicia ecológica intergeneracional con visión policéntrica, la medida cautelar tendiente a hacer cesar de modo efectivo e inmediato los focos de incendio producto de la quema de pastizales fue considerada procedente, si resulta que hay una afectación severa de un recurso ambiental o ecológico de naturaleza in-

(40) Cfr. LORENZETTI, R. *Principios e instituciones de derecho ambiental*, Op. cit., p. 96, y LORENZETTI, R. *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.

(41) CSJN, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”. 01/12/2017. Fallos: 340:1695.

terjurisdiccional; que hay efectiva degradación ambiental o afectación de una cuenca hídrica que compromete seriamente su funcionamiento y sustentabilidad, en tanto su conservación es prioritaria, no solo en interés de las generaciones presentes, sino también en defensa de las generaciones futuras⁴².

Por ello, cuando existe evidencia de obras con suficiente relevancia como para alterar un amplio ecosistema, esas consecuencias deben ser adecuadamente medidas teniendo en cuenta las alteraciones que puedan producir tanto en el agua, en la flora, en la fauna, en el paisaje, como en la salud de la población actual y de las generaciones futuras⁴³.

Una justicia ecológica intergeneracional con visión policéntrica, dispuesta a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan⁴⁴, implica que el término sustentabilidad no calificaría un modelo de desarrollo, sino que se trataría de una construcción teórica que exige adoptar medidas y mandatos judiciales orientados hacia un resultado sustantivo y efectivo de protección y restablecimiento de la integridad de los ecosistemas, al igual que para mantener y mejorar la resiliencia de los sistemas socio ecológicos, considerando el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente⁴⁵.

Por esta razón, la solución judicial en materia ambiental, tampoco puede limitarse a resolver el pasado, ni sólo el interés de las generaciones presentes, sino también la defensa de las generaciones futuras⁴⁶; esto es, debe estar ordenada fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan⁴⁷.

Como vemos, el paradigma ambiental construye sustantivamente una justicia ecológica intra e intergeneracional, con visión policéntrica del proceso ambiental, sin renunciar a aplicar al derecho ambiental como ciencia de la solución de problemas, pero con una constelación sistemática y consecuencialista⁴⁸, ya que la solución tam-

(42) CSJN, "Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil", 11/8/2020. Fallos 343:726.

(43) CSJN, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia", 26/04/2016. Fallos: 339:515.

(44) CSJN, "Barrick Exploraciones Argentinas S.A y otro c/Estado Nacional", 04/06/2019. Fallos 342:917.

(45) CSJN, "Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas-". 03/12/2019. Fallos 342:2136.

(46) Cfr. CSJN, *in re* "Saavedra", 25/02/2021. Fallos 344:174 y CSJN, "Equística", 11/8/2020. Fallos 343:726.

(47) CSJN, "La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas". 01/12/2017. Fallos: 340:1695.

(48) LORENZETTI, Ricardo L. "El juez y las sentencias difíciles. Colisión de derechos, principios y valores", LL 1998-A, p. 1039. Cfr. CSJN, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de

poco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una medida enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan⁴⁹, con anclaje finalista en valores constitucionales y apartada del utilitarismo clásico⁵⁰.

VI. Teoría de las fuentes

Como presidente de la Comisión redactora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Ricardo Lorenzetti anticipó que el nuevo Código Civil y Comercial nos lleva a reformular parte de la teoría general del Derecho, replanteando la teoría de las fuentes, la teoría de la interpretación, la teoría de los bienes, la teoría de los derechos, la teoría de las normas, la teoría de las decisiones judiciales y la teoría de la acción.

Con la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, los tratados internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte, deben ser tenidos en cuenta como fuente del derecho para decidir un caso⁵¹. Pero, además, en la labor de interpretación y aplicación de una norma -según el artículo segundo-⁵², también tiene especial relevancia el sistema de derechos humanos, cumpliendo una función

la Patagonia”, Fallos 339:515: “Si la acción de amparo ambiental promovida está destinada a impedir el comienzo de la construcción de dos represas localizadas en la provincia demandada, e involucra trabajos de una magnitud considerable, con gran potencialidad para modificar el ecosistema de toda la zona, se requiere medir adecuadamente sus consecuencias teniendo en cuenta las alteraciones que puedan producir tanto en el agua, en la flora, en la fauna, en el paisaje, como en la salud de la población actual y de las generaciones futuras, por lo que se hace necesario asegurar la sustentabilidad del desarrollo que se emprende y en consecuencia, el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado”.

(49) “Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques”, 25/02/2021. Fallos 344:174.

(50) En el caso “Salas”, se configuraba una situación clara de peligro de daño grave que podría cambiar sustancialmente el ambiente regional, “afectando no sólo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras. Este perjuicio, de producirse, sería además irreversible, porque no habría manera alguna de volver las cosas a su estado anterior. Existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio”. El voto del Ministro Lorenzetti arbitró una solución que “armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados”, es decir, considerando todos los intereses involucrados en el conflicto (CSJN, “Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, resolución del 29.12.2008).

(51) “Art. 1º.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

(52) “Art. 2º- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

de integración hermenéutica, por poseer “un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema”⁵³.

Se introduce así de manera expresa, la necesidad que “el operador jurídico, dentro de un análisis completo (de modo coherente) de todo el ordenamiento, tenga en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos -el derecho ambiental, es un derecho humano o fundamental del hombre-, los principios y los valores jurídicos -el derecho ambiental tiene principios propios, consagrados en los artículos 4° y 5° de la Ley 25675 General del Ambiente y presenta como anclaje de determinación los bienes y valores colectivos”⁵⁴.

Como ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema de la Nación, cuando se plantea un caso de conflicto de normas constitucionales y de pluralidad de fuentes, debe aplicarse la regla de la interpretación coherente y armónica. La determinación del referido estándar exige: a) delimitar con precisión el conflicto de normas y fuentes a fin de reducirlo al mínimo posible, para buscar una coherencia que el intérprete debe presumir en el ordenamiento normativo; b) proceder a una armonización ponderando los principios jurídicos aplicables y c) considerar las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos⁵⁵.

En particular, el pluralismo de fuentes y la regla de precedencia que da prioridad a las normas de tutela ambiental, sumado a la protección efectiva basada en la teoría de la implementación, que se basa en la regulación continua de los fenómenos jurídicos⁵⁶, y en un marco de respeto a “microsistemas normativos autosuficientes”, como lo es el derecho ambiental como especialidad, el Código Civil y Comercial integra estándares que sirven de guías para la interpretación y decisión judicial, en un complejo sistema de fuentes constituido por reglas, principios y valores, que remiten a la teoría del Estado de Derecho sustentada por Ricardo Lorenzetti.

Por una parte, integra una fuente de supremacía y coherencia tradicionalmente externa al derecho privado (derechos fundamentales – derechos humanos), a través de la cual el razonamiento judicial, debe receptor el efecto de las garantías y derechos fundamentales de jerarquía constitucional, en la actuación y aplicación de las normas en conflicto, mediante decisiones razonablemente fundadas en aquellos (art. 3°).

(53) LORENZETTI, Ricardo L. “Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación”, *Diario La Ley*, 6.10.2014.

(54) Vid. CAFFERATTA, Néstor A. “El Derecho Ambiental en el Código Civil y Comercial sancionado”, *Revista de Derecho Ambiental*, Abeledo Perrot N° 40, Oct/dic 2014, y “Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *La Ley, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial*, 17/11/2014, 273.

(55) Cfr. CSJN, “Telefónica de Argentina S.A.”, CSJN, en LL 28/08/2007, 6. Vienen al caso las palabras del juez Fayt: “Los magistrados deberán agregar el uso de la razón, el conocimiento de la realidad, la comprensión del pasado y la proyección de las consecuencias futuras” (Fallos 310:2478).

(56) LORENZETTI, R. *Principios e instituciones de derecho ambiental*, Op. cit., p. 91.

Por otra parte, el Código integra al sistema de derecho privado una fuente interna de coordinación (compatibilidad de los derechos individuales con los derechos de incidencia colectiva⁵⁷) y otra de convergencia y subordinación (límites al ejercicio abusivo de los derechos individuales sobre bienes colectivos, cuando pueda afectar al ambiente o a los derechos de incidencia colectiva en general)⁵⁸, mediante una regla de precedencia lógica en el caso de los conflictos entre bienes colectivos e individuales⁵⁹.

En tercer lugar, internaliza límites de coexistencia de normas en el sistema de derecho privado, cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, exigiendo el respeto de la normativa sobre presupuestos mínimos de protección ambiental que resulte aplicable en cada caso⁶⁰. Con ello, la integración hermenéutica de las normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, impregna el razonamiento y decisión judicial, de manera de no enfrentarlas a los principios ambientales y al diseño sustantivo y procesal específico que la Ley General del Ambiente (LGA) ha reglado para la defensa de derechos de incidencia colectiva, así como a los umbrales mínimos de protección ambiental sectoriales, definidos por las demás leyes de presupuestos mínimos.

Por último, el alcance del ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes colectivos, exige al intérprete balancear su “compatibilidad” con los derechos de incidencia colectiva y verificar su “conformidad” al microsistema especial integrado por normas ambientales nacionales, provinciales y municipales dictadas en el interés público⁶¹, las que a su vez, mantienen su vigencia en cuanto no se oponga a los principios ambientales y disposiciones contenidas en la Ley General del Ambiente 25675, cuya interpretación y aplicación y de toda otra norma a través de la

(57) “Art. 240. Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva (...)”.

(58) “Art. 14. Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a. derechos individuales; b. derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

(59) LORENZETTI, Ricardo L. *Teoría del Derecho Ambiental*, Op. Cit., p. 12.

(60) “Art. 241. Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”.

(61) CCyC: “Art. 240. Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”.

cual se ejecute la política ambiental, está sujeta al cumplimiento de los principios enunciados en sus artículos 4° y 5°⁶².

De esta compleja ingeniería que estructura el sistema de fuentes del Código, se evidencia una clara influencia del derecho ambiental como sistema de principios y normas especiales, sobre el derecho general. Recíprocamente, los “efectos horizontales de las garantías constitucionales” y la reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado que recepta el Código, tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el derecho ambiental, sus reglas, los principios ambientales, los bienes y los valores colectivos.

VII. El derecho humano al agua

Entre los muchos instrumentos internacionales vigentes, se ha consagrado que: “El agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”⁶³. Asimismo, Naciones Unidas, declaró el derecho al agua potable y el saneamiento como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos⁶⁴.

Con el precedente Kersich⁶⁵, y estando en juego el derecho humano al agua potable, la Corte resolvió mantener la cautelar dispuesta por el tribunal de origen, con base en los principios de prevención y precautorio, hasta tanto se dicte un nuevo fallo con carácter de urgente, pues los jueces de la causa no aplicaron las reglas del proceso colectivo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, cuyas características principales y modalidades fueron enunciadas en el caso “Halabi” (Fallos: 332:111), y se procuraba la tutela de un derecho de incidencia colectiva referido a uno de los componentes del bien colectivo ambiente: el agua potable. El objeto de la pretensión -por su carácter- resulta insusceptible de apropiación individual y la pretensión incoada persigue que la provisión domiciliaria en red de ese bien, se realice con características y contenidos que cumplan con los estándares normativos vigentes.

El acceso al agua potable, consideró el voto, “incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y en el campo de los derechos de incidencia colectiva, asimismo es fundamental la protec-

(62) Las disposiciones de la LGA N° 25675 son de orden público (art. 3°) y “se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta”.

(63) Naciones Unidas, Observación General N° 15 del “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 15.11.2002.

(64) Naciones Unidas, Resolución A/RES/64/292, del 30.07.2010.

(65) CSJN, “Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A y otros s/ amparo”. 02/12/2014. Fallos: 337:1361.

ción del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia”.

En el caso, no había dudas que existía la necesidad de una tutela judicial urgente, en la medida que estaba en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la vida de una gran cantidad de personas y al mismo tiempo existía una demora de la demandada en la solución definitiva de esa situación.

VIII. Integridad ecosistémica y jurídica de las cuencas hídricas y los ecosistemas relacionados

Así como el acceso al agua potable incide directamente sobre la vida y la salud de las personas (individual y colectivamente), razón por la cual debe ser tutelado por los jueces; bajo el paradigma eco-céntrico y sistémico, en el campo de los derechos de incidencia colectiva, “es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia”⁶⁶.

También el Tribunal, con votos de Ricardo Lorenzetti, resaltó en varios conflictos judiciales que tenía una consideración central el derecho humano al agua potable⁶⁷, la capacidad de resiliencia como condición de supervivencia de los sistemas ecológicos. La consideración del agua como microsistema ambiental, parte de la tesis de Lorenzetti, que el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible. Además del ambiente como macro bien, el uso del agua es un micro bien ambiental y, por lo tanto, también presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible⁶⁸.

Por ello, el paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solo los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la Ley General del Ambiente⁶⁹. La trascendencia del concepto y características del abordaje de los problemas ecológicos y jurídicos de las cuencas hídricas, se define en el campo de la justicia ecológica: es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia”⁷⁰.

De esa concepción integral de Ricardo Lorenzetti, es posible destacar relevantes estándares ecosistémicos y jurídicos en la teoría de la decisión judicial ambiental:

(66) Cfr. LORENZETTI, Ricardo. “The Conflict over the Atuel River in Argentina”, *Environmental Law Reporter* 48, 2018, 10220-10223.

(67) CSJN, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”. 01/12/2017. Fallos: 340:1695.

(68) CSJN, *in re* “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe”, 03/12/2019. Fallos 342:2136.

(69) CSJN, *in re* “Majul”, 11/07/2019. Fallos 342:1203.

(70) “Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A y otros s/ amparo”, 02/12/2014. Fallos: 337:1361.

- a) Se entiende por cuenca hidrográfica “el espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común”⁷¹. Las cuencas hídricas, “son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser usados y conservados de manera integrada”⁷².
- b) La cuenca hídrica es “la unidad que comprende al ciclo hidrológico en su conjunto ligado a un territorio y a un ambiente en particular; se trata de un sistema integral que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua”⁷³.
- c) “La cuenca hídrica es la unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular, es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua, incluyendo, entre otras, a los humedales”⁷⁴.
- d) “La concepción misma de la cuenca hídrica es la de unidad, en la que se comprende al ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente en particular”⁷⁵. Es por esto que los daños ambientales generados por eventuales casos de contaminación de acuíferos, se aparta precisamente del principio rector establecido en materia de derechos propietarios, ya que “se atiende a la custodia del ambiente como un todo y no una parte de cada uno de los daños localizados dentro del ámbito exclusivo de las propiedades de los demandados”⁷⁶.
- e) Conforme los parámetros ecológicos y jurídicos anteriores, la cuenca “es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua”⁷⁷. Una comprensión amplia de la compleja situación general que se plantea a nivel de gestión de cuencas hídricas “demanda conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores

(71) CSJN, *in re* “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, 01/12/2017, Fallos: 340:1695.

(72) CSJN, *in re* “Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051”, 22/08/2019 (Fallos: 342:1327).

(73) Cfr. CSJN, *in re* “Majul”, 11/07/2019 (Fallos: 342:1203) y “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, 03/12/2019. Fallos 342:2136.

(74) CSJN, *in re* “Majul” (Fallos: 342:1203).

(75) “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, 01/12/2017 (Fallos: 340:1695).

(76) CSJN, “Mendoza, Beatriz S. y Otros c/ Estado Nacional y otros”, 19/02/2015 Fallos: 338:80.

(77) CSJN, “La Pampa, Provincia de c/Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, 01/12/2017 (Fallos: 340:1695).

predominantemente naturales con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural”⁷⁸.

- f) La importancia de abordar el conflicto, implica que la solución del caso que involucre una cuenca hídrica interjurisdiccional debe ser abordada desde una perspectiva integral, que conlleva para el Tribunal “la adopción de medidas referidas a la cuenca en general y no limitadas a las jurisdicciones territoriales, porque los conflictos ambientales no coinciden con las divisiones políticas o jurisdiccionales”⁷⁹.
- g) En otras palabras, en la planificación, gestión y decisiones administrativas y judiciales, no debe desconocerse cuáles serán las consecuencias ambientales en toda la cuenca hídrica, obligación que emana de lo dispuesto en la ley N° 25688 de presupuestos mínimos ambientales, para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional, que dispone expresamente en su art. 3° que “Las cuencas hídricas como unidad ambiental de gestión del recurso se consideran indivisibles”.
- h) Además de esas connotaciones relevantes, resalta la importancia del ciclo hidrológico para el funcionamiento ecológico; la interconexión entre los sistemas de agua subterránea y superficial; así como la importancia de enfrentar los retos del agua dulce a nivel de cuenca, subrayando explícitamente las condiciones que deben cumplirse, para alcanzar una evaluación ambiental que incorpore un enfoque multidimensional y policéntrico y tenga en cuenta la complejidad de las relaciones socio-ecológicas subyacentes⁸⁰.
- i) En consecuencia, la regla es el tratamiento de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión, a cargo de un Organismo de Cuenca, en contraposición al manejo sectorizado de la acción⁸¹. Las cuencas son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser utilizados y conservados de manera integrada. La territorialidad ambiental y la territorialidad federal, encuentran su representación y conjugación en las autoridades interjurisdiccionales de cuenca, organismos propios

(78) CSJN, “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe”, 03/12/2019. Fallos 342:2136.

(79) CSJN, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, 01/12/2017 (Fallos: 340:1695), criterio reiterado en “Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051, 22/08/2019” (Fallos: 342:1327).

(80) Cfr. “Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques”, 25/02/2021. Fallos 344:174; “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe”, 03/12/2019. Fallos 342:2136 y “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia” (Fallos: 339:515).

(81) “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, 01/12/2017 (Fallos: 340:1695).

del federalismo de concertación, para la coordinación del manejo racional, equitativo y sostenible del agua de las cuencas hídricas⁸².

- l) Cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente -que involucran la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua- la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos, sino que debe ser abordada desde una perspectiva que integra de manera sistémica la protección de los ecosistemas y la biodiversidad. Por esta razón, la efectividad que se reclama para todos los derechos fundamentales, también debe ser predicada respecto de los de incidencia colectiva y en particular del ambiente⁸³.
- m) En consecuencia, la visión de Ricardo Lorenzetti, que hace suya mayoritariamente el Alto Tribunal, en casos de afectación, contaminación o degradación ambiental de cuencas hídricas, la decisión judicial “debe ser integral, holística y totalizadora” y “la gestión hídrica debe estar fuertemente vinculada a la gestión territorial, la conservación de los suelos y la protección de los ecosistemas naturales”⁸⁴.

IX. Principios ambientales

En el marco del enfoque del Estado de derecho ambiental, cuando el Código Civil y Comercial regula sobre el método de interpretación exige un diálogo de fuentes, teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, los principios y los valores jurídicos, todo de manera coherente con el conjunto del ordenamiento jurídico.

Como enseña Néstor Cafferatta, el Derecho Ambiental es esencialmente un derecho principista y valorista, un derecho de base solidaria, un derecho esencialmente eticista⁸⁵. El anclaje del Derecho Ambiental son los bienes y los valores colectivos. Prueba de esto es que los arts. 4° y 5° de la ley 25675 establecen principios de política ambiental que son verdaderos principios de Derecho Ambiental.

Por ello, una fase relevante consiste en interpretar el Estado de Derecho, a través de los principios ambientales. Se trata de “principios jurídicos estructurantes”, es

(82) Cfr. “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo -derivación de aguas”, citado anteriormente.

(83) “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia”, 26/04/2016. Fallos: 339:515. (considerandos 17 a 22).

(84) “Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24.051, 22/08/2019” (Fallos: 342:1327).

(85) CAFFERATTA, Néstor. “Derecho Privado Ambiental a la luz del Código Civil y Comercial”, VIII Congreso Nacional de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, 2019 y “Daño ambiental. Jurisprudencia”, en *La Ley* 2003-D, 1339.

decir, que cambian el paradigma de análisis y el modo de analizar muchos aspectos del derecho vigente y que surge de la propia Constitución y la ley⁸⁶, como ocurre con la cuestión ambiental.

Subyace en esta teoría, la premisa que los conflictos entre los principios y valores intra-sistemáticos, son tratados mediante un análisis de la capacidad argumentativa de cada uno, que se denomina juicio de ponderación. En cambio, la colisión de reglas se desenvuelve en el plano de la validez, de modo que una desplaza a la otra fundándose en los criterios de cronología, nivel jerárquico y especialidad⁸⁷.

Así como el Código Civil y Comercial señala expresamente al intérprete que consulte los principios y valores jurídicos de Derecho Ambiental, la LGA N° 25675 establece que la aplicación y la interpretación de dicha ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estará sujeta al cumplimiento de los principios ambientales (arts. 4° y 5°). Varias son las inferencias doctrinarias que se derivan de esta premisa:

- a) La ley General del Ambiente establece que su aplicación e interpretación, así como de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estará sujeta al cumplimiento de los principios establecidos en su artículo 4°, que se deben integrar, conforme el artículo 5° en todas las decisiones de carácter ambiental⁸⁸;
- b) Por los artículos 4° y 5° de la LGA, los principios ambientales constituyen el armazón estructural de la regulación de la especialidad, no debiendo el juez, perder de vista la aplicación de los mismos, ya que informan todo el sistema de derecho ambiental, aun en cuestiones de competencia⁸⁹;
- c) Los principios ambientales, es decir de congruencia, de prevención, precautorio, y de sustentabilidad, entre otros, informan todo el sistema de derecho ambiental, y su aplicación resulta determinante también para dirimir conflictos de competencia⁹⁰;

(86) LORENZETTI, Ricardo Luis. "El paradigma ambiental", *Revista Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 2006, pp. 213-228.

(87) LORENZETTI, Ricardo L. "El juez y las sentencias difíciles - Colisión de derechos, principios y valores", *LL 1998-A*, p. 1039.

(88) CSJN, "Fernández, Miguel Ángel s/ infracción ley 24051". Fallos: 342:1327.

(89) Cfr. CSJN, "Fernández" (Fallos: 342:1327); "Municipalidad de Famaillá" (Fallos: 343:396) y "Fábrica Militar Río Tercero s/ infracción ley 24.051". 01/07/2021.

(90) Corresponde compatibilizar: *i*) el carácter excepcional y restrictivo de la competencia federal (artículos 121, 116, y 75, inciso 12, de la CN), acotada y definida a los poderes que las provincias delegaron en el Estado Federal (Fallos: 341:324; 342:667, entre muchos otros); con *ii*) la naturaleza integral e interdependiente de la cuenca hídrica (Fallos: 340:1695; 342:1203), a la luz los principios precautorio y preventivo del derecho ambiental (artículo 4°, ley 25675) y teniendo en consideración que las causas y las fuentes de los problemas ambientales se deben atender en forma integrada. Todo

- d) En el particular ámbito de las demandas encuadradas en las prescripciones de la LGA, la interpretación de la doctrina relativa a la admisibilidad del recurso extraordinario debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el art. 4° de la ley introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles⁹¹;
- e) Los principios de prevención, precautorio, de progresividad, de responsabilidad y de solidaridad imponen que no deban ser mecánicamente trasladadas, ni con consideraciones meramente superficiales, los principios y reglas propios del derecho patrimonial individual para el examen y subsunción de este tipo de pretensiones que alcanzan al medio ambiente como bien indivisible⁹²;
- f) En virtud de los principios precautorio y de cooperación previstos en la LGA, atento el carácter binacional de un emprendimiento minero, en el marco de las facultades instructorias del juez en el proceso ambiental, corresponde requerir informes sobre el estado de las tareas de monitoreo y prevención de daños, sin perjuicio de lo que en definitiva se decida respecto de la competencia⁹³.

En particular, la operatividad del principio precautorio reconoce las complejas implicancias de la toma de decisión en condiciones de incertidumbre, en razón que el principio precautorio se extiende a “la tortuosa relación de causalidad del daño ambiental, en los que la ciencia todavía no arribó a una posición consistente⁹⁴. Asimismo, posee un reflejo procesal en el sentido que la aplicación del principio precautorio “apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos y por lo tanto imprevisibles. Opera en un ámbito signado por la incertidumbre”⁹⁵.

En el estadio actual del paradigma ambiental, la labor primaria de la actividad judicial de Lorenzetti, ha sido avanzar en la fase de implementación, para hacer de ello una realidad posible y no una mera declaración políticamente correcta: Este principio no es una mera exhortación, puesto que cuando la ley recepta el principio precautorio, éste es tiene un valor normativo preciso de carácter sustantivo y de-

ello en el marco restringido y provisorio del ámbito cognoscitivo propio en el que se dirimen las cuestiones de competencia (Fallos: 339:353).

(91) CSJN, “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbreira LD y otro s/ sumarísimo” (Fallos: 339:142).

(92) “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ Daños y Perjuicios (Daños Derivados de la Contaminación Ambiental del Río Matanza- Riachuelo)”. 19/02/2015. Fallos: 338:80.

(93) CSJN, Vargas, Ricardo Marcelo c/ San Juan, Provincia de y otros s/ Daño ambiental”, 01/09/2015. Fallos: 338:811.

(94) CAFFERATTA, Néstor. “Molestias intolerables derivadas de la vecindad por la instalación de una torre y antena de celulares”, *La Ley* 2008-B, 567.

(95) MORELLO, A. - CAFFERATTA, N. “Visión procesal de cuestiones ambientales”, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 77.

limitativo. Es un marco genérico del obrar, dentro del cual existe discrecionalidad lícita y fuera del cual hay ilicitud⁹⁶.

Como consecuencia de su aplicación, el Máximo Tribunal ha ponderado la clara inversión de la carga de la prueba -y sus alcances-, que implica el principio de precaución contenido en el art. 4° de la ley 25675: “no debe entenderse esta exigencia en su sentido literal o estricto, pues, ello no supone que el introductor del riesgo deba eliminar cualquier duda acerca de la peligrosidad del producto o actividad en cuestión y probar un ‘riesgo cero’, sino que se trata de promover un rol más activo del introductor del riesgo para determinar su grado de probabilidad y magnitud, facultando a las autoridades públicas a exigirle que aporte sus propias conclusiones científicas en base a las cuales estima que tales productos o actividades no traen aparejados riesgos desproporcionados al público o al medio ambiente”⁹⁷.

En ese marco, los rasgos y contornos de este principio estructurante del Derecho Ambiental, quedan delineados por la doctrina judicial de Ricardo Lorenzetti, de la siguiente manera:

- a) La aplicación del principio precautorio establece que, cuando haya peligro de daño grave e irreversible, la ausencia de información o certeza científica no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente, lo que no puede confundirse con la idoneidad de la acción meramente declarativa.
- b) El principio precautorio es un principio jurídico del derecho sustantivo. De tal modo, una vez que se acredita la posibilidad de daño grave o irreversible, el principio obliga a actuar aun cuando exista una ausencia de información o certeza científica, debiéndose efectuar un juicio de ponderación con otros principios y valores en juego⁹⁸.

(96) LORENZETTI, Ricardo L. *Teoría del Derecho Ambiental*, Op. cit., p. 79.

(97) CSJN, “Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, 29.12.2008. En este caso, se configuraba una situación clara de peligro de daño grave que podría cambiar sustancialmente el ambiente regional, “afectando no sólo a los actuales habitantes, sino a las generaciones futuras. Este perjuicio, de producirse, sería además irreversible, porque no habría manera alguna de volver las cosas a su estado anterior. Existe, entonces, un peligro claro de daño irreversible y una ausencia de información relativa a dicho perjuicio” (Voto del juez Lorenzetti).

(98) CSJN, “Asociación Multisectorial del Sur en Defensa del Desarrollo Sustentable c/ Comisión Nacional de Energía Atómica”, Fallos: 333:748. “El principio es una guía de conducta, pero los caminos para llevarla a cabo están contemplados en la regulación procesal, que establece diferentes acciones con elementos disímiles, precisos y determinados, que no pueden ser ignorados en una decisión que no sea “contra legem”. La aplicación del principio precautorio, aun existiendo una incertidumbre científica respecto al riesgo, requiere un mínimo de demostración de la posible concreción del daño; debe existir un umbral de acceso al principio precautorio...” (Voto del juez Lorenzetti).

- c) La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo, de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras⁹⁹.
- d) Debe aplicarse, de manera prioritaria, el principio de prevención (artículo 4°, LGA) y en la duda técnica el principio precautorio (Fallos: 337:1361, cons. 12), que dan fuerza y justifican la anticipación de la prestación jurisdiccional, mediante la cautelar de cesación y suspensión de una actividad petrolera en un Parque Nacional¹⁰⁰.
- e) El principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiestan. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios¹⁰¹.
- f) La naturaleza legal del concepto de precaución, implica una obligación de aplicarlo en la toma de decisiones cuando hay incertidumbre respecto a las amenazas subyacentes, considerando las evaluaciones, valores, y percepciones culturales de los riesgos, amenazas, y acciones requeridas, lo que implica también un enfoque de política que se integra a otros principios y derechos relevantes como la prevención, equidad intra e intergeneracional, entre otros muchos¹⁰².
- g) Exige al operador jurídico, realizar un balance provisorio entre la perspectiva de la ocurrencia de un daño grave e irreversible y el costo de acreditar el cumplimiento de las medidas solicitadas, la contaminación generada por la empresa demandada y su potencial incremento en caso de no disponerse la

(99) CSJN, "Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y otro". 26/03/2009 - Fallos: 332:663.

(100) CSJN, *in re* "Saavedra", Fallos 344:174.

(101) CSJN, "Salas, Dino y otros c/ Salta, Provincia de y otro". 26/03/2009 - Fallos: 332:663 y "Mamani, Agustín Pío", Fallos: 340:1193.

(102) CSJN, "Comunidad Indígena Eben Ezer c. Provincia de Salta - MEyP", 30/09/2008. Fallos: 331:2119. En esta causa, la recepción del principio precautorio también se emparenta con vicios en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, correspondiendo declarar "la nulidad del procedimiento administrativo de impacto ambiental y del estudio realizado en relación a la iniciativa privada de desmonte de miles de hectáreas, ya que los vicios detectados tanto en la realización de aquel estudio, en cuanto omitió valorar los aspectos sociales y culturales que pondrían en peligro la supervivencia de la comunidad...".

cesación de la actividad en cuestión¹⁰³, a la luz del citado principio precautorio. Así, es arbitraria la sentencia que dejó sin efecto la medida cautelar que dispuso la suspensión de la actividad industrial de la empresa demandada ante posibles emanaciones y vertidos de efluentes gaseosos y líquidos, si el tribunal no realizó el juicio de ponderación al que obliga la aplicación del principio precautorio, según el cual, cuando haya peligro de daño grave e irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del ambiente¹⁰⁴.

Complementariamente, el preciso valor normativo de carácter sustantivo del principio precautorio, conlleva relevantes consecuencias procesales en su efectiva implementación. A modo de ejemplo, la Corte ha ratificado que “cuando se peticiona la protección del ambiente basada en el principio de prevención o de precaución, no se trata de una medida cautelar, sino de un proceso urgente, autónomo y definitivo”¹⁰⁵. Como ocurre con toda excepción singular, ésta a su vez, se constituye en una nueva regla singular, que se podría enunciar así: “Hay sentencia definitiva, cuando se resuelven cuestiones relativas a la aplicación de los principios de prevención y precautorio, contemplados en la Ley General del Ambiente”¹⁰⁶.

X. Principios *in dubio pro ambiente y pro agua*

El paradigma ambiental evoluciona y reconoce una transformación progresiva. Esta transformación, como hemos visto, abandona su contenido central “antropocéntrico”, para transitar hacia una dimensión “bio” y “eco-céntrica”. El paradigma ecológico, presenta un giro ontológico en el derecho ambiental. Asimismo, la “lectura” eco-céntrica, sistémica y holística de las normas de presupuestos mínimos, tal como si se trataran de auténticas leyes federales, ingresan dentro de las normas que reglamentan la Constitución, desarrollando supuestos fácticos y epistemológicos que colaboran a definir la solución del conflicto jurídico ambiental.

La definición, aplicación y alcance de los nuevos principios emergentes *In dubio pro natura* e *In dubio pro agua*, en sus diversas dimensiones sistémicas, hermenéuticas

(103) CSJN, “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbrera LD y otro s/ sumarísimo”. 23/02/2016. Fallos: 339:142. Si bien las resoluciones que se refieren a medidas cautelares, ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan, no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario ya que no revisten -como regla- el carácter de sentencias definitivas, este principio admite excepción según la Corte, “cuando la medida dispuesta es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior”.

(104) CSJN, “Asociación Civil Protección Ambiental del Río Paraná c/ Carboquímica del Paraná SA”, 02/07/2020. Fallos 343:519.

(105) CSJN, Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros”, 20.06.2006. Fallos: 329:2316.

(106) CSJN, Asociación “Multisectorial del Sur”, Fallos: 333:748.

y axiológicas, parte de la premisa que aconseja, para casos de duda en la aplicación de una norma o en la resolución de un caso, estar siempre a aquella solución más favorable para los bienes colectivos. La noción *in dubio pro ambiente* se erigirá en el norte a seguir para los jueces que se enfrenten a casos dudosos en los cuales la relación causal escapa a los parámetros habituales del derecho¹⁰⁷.

Con ello, el principio *in dubio pro natura* fija un nuevo “mandato de optimización” constitucional a modo de criterio sistemático, valorativo y de interpretación jurídica de las decisiones normativas y judiciales. Propone “medir” la racionalidad de las decisiones contra la diversidad biológica y la biósfera, como el único “acuerdo” posible para seguir viviendo sobre la tierra. Plantea un orden público ambiental de coordinación federal, basado en el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y de los sistemas vitales.

En ese sentido, resaltan el artículo 2° inc. e) de la LGA, que ordena “mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos; el art 6° *in fine*, que prescribe “garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, su capacidad de carga en general y asegurar la preservación ambiental”. Con ello, la noción de territorialidad federal se relativiza, emergiendo la de territorialidad ambiental, como bien lo establece la Ley General del Ambiente¹⁰⁸. Consecuencia de esta cosmovisión, conviven “derechos a la naturaleza” y “derechos de la naturaleza”, donde “cada ser humano y otros seres vivos tienen derecho a la conservación, protección y restauración de la salud e integridad de los ecosistemas. La naturaleza posee un derecho intrínseco a existir, prosperar y evolucionar”¹⁰⁹.

Fue en la causa “Majul” donde el voto de Ricardo Lorenzetti sostuvo la necesidad de que los jueces consideren el principio *in dubio pro natura* como pauta hermenéutica genérica¹¹⁰: “en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales y no se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos”¹¹¹.

Como se observa, cuando se menciona “en caso de duda” como precondition a la operatividad del principio *in dubio pro natura*, evidenciaría una conexión entre el

(107) LORENZETTI, R. *Principios e instituciones de derecho ambiental*, Op. Cit., p. 340.

(108) CSJN, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/uso de aguas”, 01/12/2017, Fallos: 340:1695.

(109) Declaración Mundial de la UICN acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, Brasil, 2016.

(110) Siguiendo expresamente los términos del Principio 5 (*In Dubio pro Natura*) de la Declaración Mundial de la UICN acerca del Estado de Derecho en materia ambiental (2016) y de la Declaración de Jueces sobre Justicia del Agua (2018).

(111) Cfr. “Majul” (Fallos: 342:1203).

principio precautorio y el principio *in dubio pro natura*, por el hecho de que ambos principios actúan ante la duda o incertidumbre. La aplicación del principio precautorio, como principio jurídico de derecho sustantivo, es una guía de conducta también para la administración que “(...) requiere una reflexión profunda, científicamente probada, socialmente participativa y valorativamente equilibrada”¹¹².

En consecuencia, si el ambiente “no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario”¹¹³, el cambio de paradigma ha implicado un redimensionamiento de los principios de política ambiental, bajo el criterio superior de *in dubio pro natura e in dubio pro agua*, consistente en que ante una tensión entre principios y derechos en conflicto la autoridad debe propender por la interpretación que resulte más acorde con la protección y restablecimiento de la integridad de los ecosistemas, el mantenimiento y mejora de la resiliencia de los sistemas socio-ecológicos y la garantía y disfrute de un ambiente sano¹¹⁴, respecto de aquella que la vulnere, limite o altere.

Por su parte, bajo el principio *in dubio pro agua*¹¹⁵, las controversias en torno al “recurso estratégico agua” no pueden ser atendidas como la mera colisión de derechos subjetivos¹¹⁶. El giro ontológico en la doctrina judicial se ratifica al distinguir el papel del agua en el mantenimiento de la vida y los ecosistemas, así como de la importancia de reflejar la interdependencia entre el agua y otros elementos del ambiente natural, especialmente los suelos, el subsuelo y los bosques, incluyendo las conexiones ecosistémicas relevantes, en las decisiones judiciales sobre controversias relacionadas con el agua dulce y la administración de justicia hídrica¹¹⁷.

(112) CSJN, Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá c/ Catamarca, Provincia de y otros s/ amparo ambiental (Fallos 335:387), disidencia del Ministro Ricardo L. Lorenzetti.

(113) Vid. CSJN, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas” (Fallos: 340:1695, considerando 5°).

(114) “Saavedra, Silvia Graciela y otro c/ Administración Nacional de Parques Nacionales”, Fallos 344:174.

(115) UICN, Declaración de Jueces sobre Justicia del Agua (2018): “Principio 6 - *In dubio pro aqua*: En congruencia con el principio *In dubio pro natura*, en caso de incertidumbre, las controversias ambientales e hídricas ante las cortes deberán resolverse, y las leyes aplicables interpretarse, de la manera en la cual sea más probable proteger y conservar los recursos hídricos y los ecosistemas relacionados”.

(116) Cfr. Fallos: 340:1695: “La solución de un conflicto ambiental, como un litigio entre dos provincias por el uso y aprovechamiento de un río interprovincial, requiere de conductas que exceden tanto los intereses personales, como los provinciales, en tanto, entre otros, hay que tener en cuenta no solo la cantidad de agua que debe ser destinada a la conservación del ecosistema interprovincial para que mantenga su sustentabilidad, sino también el interés de las generaciones futuras, cuyo derecho a gozar del ambiente está protegido por el derecho vigente.

(117) Declaración de Jueces sobre Justicia del Agua, Octavo Foro Mundial del Agua celebrado en Brasilia, 2018.

La definición genérica del principio *in dubio pro natura* adoptada por la Corte Suprema, no integra expresamente el elenco de principios ambientales de la LGA (art. 4°), pero como hemos visto, se ve reflejada claramente entre los objetivos de dicha ley. En el campo del derecho ambiental, su recepción normativa implicaría una precedencia lógica del principio protectorio ambiental con clara influencia en el juicio de ponderación (porque opera como un metavalor)¹¹⁸, estableciendo una relación de precedencia condicionada al indicar, haciendo referencia al caso, condiciones bajo las cuales un principio precede al otro¹¹⁹.

Por su parte, el principio *in dubio pro aqua*, consistente con el principio *in dubio pro natura*, establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos¹²⁰.

Como se observa, son diversas las dimensiones y funciones valorativas, sistémicas y hermenéuticas de los principios *In Dubio pro Natura* e *In Dubio pro Agua*, en su condición de principios ambientales “emergentes” del marco de los principios generales del derecho ambiental. En ese marco, una primera aproximación permite inferir que, en dichos principios, subyace una primacía que determina que, en casos de conflictos de fuentes, el juzgador hace valer una “prevalencia” lógica y axiológica, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.

XI. Cumplimiento, eficacia y aplicación efectiva del derecho ambiental

Una de las características de mayor énfasis en la tesis de Lorenzetti, es la teoría de la implementación, que se basa en la regulación continua de los fenómenos jurídicos orientada hacia la efectividad y eficacia, buscando la coherencia entre los sistemas legal y ecológico.

La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual¹²¹ y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.

(118) LORENZETTI, Ricardo L. *Teoría del Derecho Ambiental*, Op. cit., p. 29.

(119) Sin embargo, la definición y alcance de este principio no ha sido unívoca en Latinoamérica, ya que el principio *in dubio pro natura* en algunos casos se asocia a la duda científica, ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles, inherente al principio precautorio; mientras en otros sistemas judiciales, la duda se circunscribe sólo asociada a la duda interpretativa de la ley.

(120) CSJN, *in re* “Majul”, Fallos 342:1203.

(121) CSJN, *in re* “Mendoza”, 20/06/2006. Fallos: 326:2316.

El primer paso en el razonamiento judicial, debería consistir en examinar los hechos que fundamentan la pretensión en relación con la legislación invocada, por cuanto las disposiciones procesales deben ser interpretadas de manera de no enfrentarlas al diseño procesal específico que la LGA ha reglado para la defensa de derechos de incidencia colectiva. El análisis –entendemos–, debería partir de la regla que en toda decisión judicial relativa a una pretensión basada en los principios de prevención y precautorio, la plataforma fáctica predeterminada y todo el proceso queda sometido a las normas sustantivas y procesales de la LGA, cumpliendo sus normas y disposiciones la función hermenéutica específica que poseen para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia.

El paso siguiente, continúa con el encuadramiento del principio receptado por el art. 32 de la Ley 25675, que enuncia como regla general, que “el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte”.

Existe un delicado balance que se plantea entre flexibilización de la regla de congruencia en el proceso ambiental y cumplimiento de reglas procesales amalgamadas con el debido proceso. Este magistrado inquisitivo, involucrado con la preservación del ambiente, debe ejercer con rigurosidad las facultades ordenatorias del proceso y además se obliga al cumplimiento efectivo de su mandato. Como contrapartida, los límites propios de esa flexibilización, por los que el juzgador “debe ejercer con rigurosidad las facultades ordenatorias del proceso que expresamente le reconoce el art. 32 de la ley 25675”¹²². El límite de esas facultades está dado por el respeto al debido proceso¹²³.

Por otra parte, el cumplimiento y aplicación efectiva del derecho ambiental, se resuelve como “*eficacia en la implementación de la sentencia*”, que demanda el diseño de una “micro-institucionalidad”, una regulación del cumplimiento para garantizar su implementación efectiva.

Esa ingeniería microinstitucional, que exige una prudente ponderación anticipatoria de diversas circunstancias que se presentarán en la ejecución la sentencia ambiental y de sus mandatos, requieren “un programa que fije un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cumpli-

(122) CSJN, “Mendoza”, Fallos: 329:3445.

(123) Cfr. Fallos 333:748.

miento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de sus resultados y una amplia participación en el control”¹²⁴.

Por ello, efectividad y eficacia se conectan con los valores de la justicia, la equidad y el debido proceso “a fin de proteger efectivamente el interés general” (Art. 32 LGA). El célebre fallo “Mendoza”, expuso que el objeto decisorio “se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad de la sentencia”, y por eso fueron necesarias “decisiones urgentes, definitivas y eficaces” para recomponer como para prevenir los daños al ambiente, con “efecto expansivo como es característico a procesos de esta naturaleza”.

En la medida en que los derechos colectivos ambientales han de ser tomados en serio, forzosamente su operatividad abre novedosos ámbitos de deliberación política y responsabilidad jurídica insospechada pocas décadas atrás¹²⁵. Se infiere así, que la labor doctrinaria y judicial de Lorenzetti no desconoce ni oculta que las valoraciones y los principios que defiende colectivamente una sociedad son dinámicos y que el gran problema del derecho ambiental es su efectividad y su aplicación efectiva, por cuanto de poco sirve una Constitución y un conjunto de normas que no se aplican, que consagran derechos que no pueden ejercerse o cuya concreción implica el tránsito de caminos arduos y desalentadores.

El rol del juez y la flexibilización del principio dispositivo y sus límites, fue abordado en la causa “Mendoza” desde su pronunciamiento liminar. La exclusión de todo exceso ritual, no obstaculizó la preservación de los valores superiores comprometidos y el lugar preeminente de los mandatos de raigambre constitucional, por sobre regulaciones meramente instrumentales. En materia de tutela ambiental, “las reglas procesales deben interpretarse con un criterio amplio que ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin”, en esos casos “se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador y que un examen literal de las normas previstas para el proceso adversarial de índole intersubjetivo frustraría los intereses superiores en juego” (“Mendoza”, Fallos: 329:3445).

La relevancia del bien colectivo en juego, la urgencia en la necesidad de adoptar medidas de prevención, y el ejercicio de las amplias facultades judiciales dispuestas en el artículo 32 de la Ley 25675, diseña un papel del juez alejado de la figura del juez espectador, del proceso adversarial clásico¹²⁶.

Por ello, las disposiciones procesales deben ser interpretadas de manera de no enfrentarlas al diseño procesal específico que la LGA ha reglado para la defensa de derechos de incidencia colectiva. No escapa a la Corte los límites propios de esa

(124) CSJN, “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, 08/07/2008. Fallos: 331:1622.

(125) CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas”, Fallos 342:917.

(126) CSJN, “Saavedra, Silvia” Fallos 344:174.

flexibilización, por los que el juzgador debe ejercer con rigurosidad las facultades ordenatorias del proceso que expresamente le reconoce el art. 32 de la ley 25675.

De tal manera, el Tribunal como custodio que es de las garantías constitucionales, y con fundamento en la LGA, en cuanto establece que “el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general” (art. 32, ley 25675), ordenará las medidas que se disponen en la parte dispositiva del pronunciamiento¹²⁷.

En igual sentido debe interpretarse el último párrafo de ese artículo en cuanto dispone que en cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, que el juez también podrá disponer sin petición de parte, aun sin audiencia de la parte contraria, prestándose debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse¹²⁸.

En asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental, según Lorenzetti, las reglas procesales deben ser interpretadas con un criterio amplio que, sin trascender el límite de la propia lógica, ponga el acento en su carácter meramente instrumental de medio a fin, que en esos casos se presenta como una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador¹²⁹. Los jueces tienen amplias facultades en cuanto a la protección del ambiente y pueden ordenar el curso del proceso, e incluso darle trámite ordinario a un amparo¹³⁰ o bien dividir las pretensiones a fin de lograr una efectiva y rápida satisfacción en materia de prevención¹³¹.

XII. Proceso ambiental y medidas cautelares

Cuando se hace referencia al acceso a la justicia, resulta inevitable pensar en una regla constitutiva del derecho ambiental: “El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie” (Art. 32 LGA). A su vez, los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas, procedimientos tempranos, urgentes, anticipatorios, preventivos o precautorios, a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta la profunda reformulación del principio dispositivo aplicable al proceso ambiental y de los amplios poderes instructorios y ordenatorios del

(127) “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia”, Fallos: 339:515.

(128) CSJN, “Cruz, Felipa”, Fallos: 339:142 y “Asociación “Multisectorial del Sur”. Fallos: 333:748.

(129) CSJN, *in re* “Majul”, Fallos 342:1203. Asimismo, Fallos: 329:3493 y 339:201.

(130) CSJN, “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ Y.P.F.S.A y otros”, Fallos: 327:2967.

(131) Vid. CSJN, causa “Mendoza” (Fallos: 329:2316) y “Asociación Multisectorial del Sur” (Fallos: 333:748).

juez en el proceso ambiental, las medidas cautelares ambientales están guiadas por la finalidad de lograr una tutela efectiva de los derechos fundamentales implicados, lo que se presenta como una prioridad cuando la distancia entre lo declarado y la aplicación efectiva perturba al ciudadano¹³².

Si bien las resoluciones que se refieren a medidas cautelares, ya sea que las ordenen, modifiquen o extingan, no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario ya que no revisten -como regla- el carácter de sentencias definitivas, debe admitirse una excepción a dicho principio cuando la medida dispuesta es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. Por ello, “cuando se peticiona la protección del ambiente basada en el principio de prevención o de precaución, no se trata de una medida cautelar, sino de un proceso urgente, autónomo y definitivo”¹³³, en consecuencia, se considera que existe sentencia definitiva, cuando se resuelven cuestiones relativas a la aplicación de los principios de prevención y precautorio, contemplados en la Ley General del Ambiente¹³⁴.

El peligro en la demora, como requisito de procedencia de para una medida cautelar ambiental, surge de la necesidad de prevenir y evitar que el daño ambiental colectivo continúe o se agrave la degradación del ambiente, para así hacer cesar de modo efectivo e inmediato los focos de incendio producto de la quema de pastizales, (arts. 2, 4, 5, 27 y concordantes de la ley 25.675, y arts. 1710 y 1711, del Código Civil y Comercial de la Nación) en la región del Delta del Paraná¹³⁵. A su vez, la verosimilitud del derecho para la procedencia cautelar, se desprende cuando a requerimiento de la Corte, del informe producido que el Estado Nacional no habría cumplido en su ámbito con ningún procedimiento de evaluación de impacto ambiental y audiencia previa¹³⁶.

Estando en juego el derecho humano al agua potable, corresponde mantener la cautelar dispuesta por el tribunal de origen, con base en los principios de prevención y precautorio, hasta tanto se cumpla con lo ordenado¹³⁷. En sentido análogo, la medida cautelar tendiente a que se ordene al Estado Nacional, a las provincias y

(132) Cfr. CSJN: “Di Nunzio, Daniel F. c/ The First National Bank of Boston y otros s/ habeas data”, 21/11/2006. Fallos: 329:5239, del voto de Ricardo Lorenzetti: “(...) cuando la pretensión se relaciona con derechos fundamentales, la interpretación de la ley debe estar guiada por la finalidad de lograr una tutela efectiva, lo que se presenta como una prioridad cuando la distancia entre lo declarado y la aplicación efectiva perturba al ciudadano. Los jueces deben evitar interpretaciones que presenten como legítimas aquellas conductas que cumplen con la ley de modo aparente o parcial, causando el perjuicio que la norma quiere evitar”.

(133) CSJN, *in re* “Mendoza”, Fallos: 329:2316.

(134) CSJN, *in re* “Asociación Multisectorial del Sur”, Fallos: 333:748.

(135) CSJN, *in re* “Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil”, Fallos 343:726.

(136) CSJN, *in re* “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia”, Fallos: 339:515.

(137) CSJN, *in re* “Kersich”, Fallos: 337:1361.

municipios demandados y a la Provincia de Buenos Aires a “hacer cesar de modo efectivo e inmediato” los focos de incendio producto de la quema de pastizales, se admitió procedente, si el caso presenta, prima facie, características que permiten encuadrar los hechos denunciados en la figura legal de la emergencia ambiental (arts. 2º, inciso k, y 4º de la ley 25675)¹³⁸.

La causa “Equística” sintetiza la doctrina del proceso cautelar ambiental, ante una afectación severa de un recurso ambiental o ecológico de naturaleza interjurisdiccional, con efectiva degradación ambiental o afectación del Delta del Río Paraná que compromete seriamente su funcionamiento y sustentabilidad, en tanto su conservación es prioritaria, no solo en interés de las generaciones presentes, sino también en defensa de las generaciones futuras¹³⁹.

Al comentar su voto, Ricardo Lorenzetti reflexionó: “Esta breve descripción es suficiente para llegar a la conclusión de que existe una Constitución, un Código, una ley general del ambiente, una ley de protección de bosques, una ley de prohibición de quemas y de incendios, así como un plan estratégico referido a la Conservación del Delta del Paraná. Todo ese completo sistema legal no impidió que se llegara a la situación actual, en la que se han quemado miles de hectáreas, con un daño ambiental tremendo y graves consecuencias para la salud humana. La cuestión es la aplicación, o como se dice actualmente, el proceso de implementación de las leyes”¹⁴⁰.

En este contexto, juegan un rol importantísimo los principios ambientales reglados del artículo 4º y 5º de la LGA que introducen los principios de prevención del daño ambiental, de integración y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles. Ellos modifican la morfología del proceso ambiental, delineando su contorno.

Es a la luz de estos principios -que apuntan a constituir a las medidas cautelares en medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la CN-, que deben entenderse las amplias facultades que el art. 32 que la LGA otorga a la autoridad judicial interviniente para disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general.

XIII. Evaluación de impacto ambiental

Entre los instrumentos de gestión ambiental, resalta el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, social y cultural. Entre sus características medulares, resaltan:

(138) CSJN, *in re* “Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil”, Fallos 343:726.

(139) CSJN, *Ibidem* Fallos 343:726.

(140) LORENZETTI, Ricardo. “Incendios: un fallo clave de la Corte para cuidar el Delta del Paraná”, en <https://www.ricardolorenzetti.com/incendios-un-fallo-clave-de-la-corte-para-cuidar-el-delta-del-parana-por-ricardo-lorenzetti/>. 24.08.2020.

a) *El carácter previo del procedimiento de impacto ambiental*: Los estudios y procedimientos de evaluación de impacto ambiental (EIA), deben realizarse con carácter previo a la aprobación y ejecución de los planes y proyectos respectivos. Esto ha sido reiteradamente exigido por la Corte Suprema de Justicia, declarando la invalidez de resoluciones administrativas motivadas por la ausencia de un estudio y procedimiento de EIA¹⁴¹ previo o bien, admitiendo acciones de cese de actividades iniciadas sin procedimientos de EIA previos; ordenando la suspensión con carácter cautelar de las obras hasta que se implemente el proceso de evaluación de impacto ambiental y audiencia previsto en la ley 23879, o hasta el momento en que se dicte la sentencia definitiva, lo que suceda en primer término, excluyendo de dicha suspensión las tareas preliminares al proyecto ejecutivo y su correspondiente estudio de impacto ambiental.

En algunos casos, cuando la pretensión ha tenido por objeto la suspensión de la actividad en ejecución, que no ha obtenido licencia ambiental y social mediante la aprobación de la EIA previa, se ha resaltado que se configura un supuesto en el que la dilucidación de la controversia sometida a decisión judicial, está condicionada a una cuestión de puro derecho: a fin de determinar la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, resulta suficiente controlar que los actos impugnados respeten los procedimientos exigidos por la legislación provincial y nacional vigentes para autorizar la actividad. A tal fin, basta con examinar si la autorización y prórroga de la actividad en cuestión requería una evaluación previa de impacto ambiental y social¹⁴².

Uno de los límites normativos sostenido reiteradamente por el Ministro Lorenzetti, ha sido en relación a los actos administrativos de la evaluaciones de impacto ambiental: la administración debe aprobar o rechazar los estudios presentados, cuyas facultades regladas no incluyen la potestad de admitir tales evaluaciones en forma condicional. En consecuencia, la resolución administrativa que aprobó el informe de impacto ambiental en forma condicionada, era manifiestamente ilegal y arbitraria y por ello, el amparo resultaba ser la vía idónea para cuestionar este aspecto de la pretensión y evitar así un daño inminente al medio ambiente¹⁴³.

En efecto, los estudios de EIA y su aprobación deben ser previos a la ejecución de la obra o actividad, al tiempo que no se admite que la autorización estatal se expida en forma condicionada (ley 26.331, artículos 18, 22 y s; ley 25.675, artícu-

(141) Cfr. CSJN: “Martínez, Argentina Beatriz c/ Misiones, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos 325:613), 09/04/2002 y “Comunidad Indígena Hoktek T’Oi Pueblo Wichi c/ Sec. de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable s/ amparo - recurso de apelación”, Fallos 326:3258, 08/09/2003.

(142) Vid. “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable”, 11/07/2002, ratificado el 08/09/2003, doctrina que el Máximo Tribunal ya había delineado en el precedente “Martínez” (Fallos 325:613).

(143) CSJN, *in re* “Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica”, Fallos 339:201.

los 11 y 12)¹⁴⁴. En ese mismo sentido, en el caso “Cruz”¹⁴⁵ la Corte dejó sin efecto la sentencia que había omitido el análisis de las normas aplicables que, por un lado, exigían la emisión de la declaración de impacto ambiental en forma previa al inicio de las obras y por el otro, disponían en forma expresa que la administración debía aprobar o rechazar los estudios presentados, pero no incluían la potestad de admitir tales evaluaciones en forma condicionada.

En similar sentido, se ha considerado arbitraria la sentencia que dejó sin efecto la medida cautelar que dispuso la suspensión de la actividad industrial de la empresa demandada, que ha obtenido un certificado de aptitud ambiental, si de su lectura se desprende que tal instrumento fue otorgado en forma condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, circunstancia que demuestra la existencia -al momento de emisión- de una serie de observaciones, cuyo cumplimiento la demandada no había acreditado con posterioridad y, en consecuencia, la subsistencia del peligro en la demora¹⁴⁶.

c) *Objetividad, independencia e idoneidad en la evaluación*: Según los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los contenidos y condiciones de los estudios de impacto ambiental y la selección de los actores responsables de su realización debe llevarse a cabo “siguiendo criterios de independencia, objetividad y pericia técnica, bajo la supervisión del Estado”¹⁴⁷. Estos criterios han sido receptados en la doctrina judicial de Ricardo Lorenzetti, al sostener que “la realización de un estudio de impacto ambiental no significa, de ninguna manera, una decisión prohibitiva del emprendimiento en cuestión. Por el contrario, *se trata de que el proceso de autorización permisiva no se base solamente en la decisión de autoridades locales que remiten a un informe de la propia empresa, sino que sea más complejo*. La magnitud de la explotación requiere una reflexión profunda, científicamente probada, socialmente participativa y valorativamente equilibrada. No se trata de prohibir irracionalmente, sino de autorizar razonablemente”¹⁴⁸.

d) *El carácter y contenido “ambiental y social”*: el tipo de estudios exigidos por la Corte debe ir más allá que los estudios del impacto estrictamente ambientales exigidos normalmente con miras a evaluar, prevenir y mitigar los posibles impactos negativos sobre el medio ambiente, requiriendo incorporar, además, la identifica-

(144) CSJN, *in re* “Mamani”, Fallos: 340:1193 y “Cruz, Felipa”, Fallos: 339:142.

(145) CSJN, “Cruz, Felipa y otros c/ Minera Alumbrera y otros s/ sumarísimo”. 23/02/2016. Fallos: 339:142.

(146) CSJN, *in re* “Asociación Civil Protección Ambiental del Río Paraná c/ Carboquímica del Paraná SA”, 02/07/2020. Fallos 343:519.

(147) Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Sentencia del 28/11/2007. Serie C N° 172, párr. 129 y 148.

(148) CSJN, “Comunidad del Pueblo Diaguíta de Andalgalá”, Fallos 335:387, disidencia del Ministro Ricardo L. Lorenzetti.

ción de los impactos directos o indirectos sobre las formas de vida y salud de los potenciales grupos sociales afectados.

Este criterio, que exige estudios previos de carácter “social y ambiental” basados en el principio precautorio, implica “una obligación de aplicarlo en la toma de decisiones cuando hay incertidumbre respecto a las amenazas subyacentes, considerando las evaluaciones, valores, y percepciones culturales de los riesgos, amenazas, y acciones requeridas, lo que implica también un enfoque de política que se integra a otros principios y derechos relevantes como la prevención, equidad intra e intergeneracional, el derecho a vivir en un ambiente sano, y los derechos humanos al alimento, identidad cultural, agua y salud”¹⁴⁹. La aplicación del principio precautorio en este caso, “obliga a suspender el proyecto hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de sus cuatro componentes (clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes) (...) Asimismo, se deberá dar amplia participación a las comunidades que habitan en la zona afectada” (...) proponiendo asimismo “una solución que armonice la protección de los bienes ambientales con el desarrollo en función de los costos y beneficios involucrados. En tal sentido, deberá identificar márgenes de probabilidades para las tendencias que señale, valorar los beneficios relativos para las partes relevantes involucradas y las generaciones futuras”.

Por ello, la ausencia de evaluación de los impactos ambientales y sociales, se relacionan con vicios en el procedimiento de EIA, correspondiendo declarar “la nulidad del procedimiento administrativo de impacto ambiental y del estudio realizado en relación a la iniciativa privada de desmonte de miles de hectáreas, ya que los vicios detectados tanto en la realización de aquel estudio, en cuanto omitió valorar los aspectos sociales y culturales que podrían en peligro la supervivencia de la comunidad, como también en la audiencia pública, la cual se llevó a cabo sin la traducción a la lengua wichi y sin la presencia de los amparistas, lo que demuestra que lo actuado desconoce los Arts. 41, 43 y 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales suscriptos por nuestro país”¹⁵⁰.

e) *Evaluación de impactos acumulativos y sinérgicos*: Los procesos de evaluación de impacto ambiental y social, también deben ponderar el impacto acumulativo y sinérgico de los proyectos. Con este criterio, se ordenó una medida cautelar urgente para garantizar el cese provisional del desmonte de bosques nativos, hasta tanto se efectúe un estudio del impacto acumulativo de dichos procesos¹⁵¹. En otros casos, se sostuvo que el EIA “deberá concentrarse en el análisis del impacto ambiental acu-

(149) Cfr. CSJN, “Salas, Dino y otros c/ Salta, prov. de y Estado Nacional s/amparo”, Res. del 19/12/2008 y 29/12/2008.

(150) “Comunidad Indígena EbenEzer c. Provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción”, en La Ley 2008-F, 93.

(151) “Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/amparo”, resoluciones del 19/12/2008 y 29/12/2008.

mulativo de la explotación (...) sobre el clima, el paisaje, y el ambiente en general, así como en las condiciones de vida de los habitantes”¹⁵².

f) *Acceso a la información ambiental con carácter previo, oportuna e integral*: El derecho a participar en los procesos de toma de decisiones relacionados con planes o proyectos de inversión y desarrollo o concesiones extractivas, y el derecho de acceso a la información, son dos elementos básicos para contribuir a lograr una protección eficaz contra las condiciones ecológicas que constituyen una amenaza para la salud humana. El acceso a la información, es un prerequisite para la participación pública en la toma de decisiones. Por ello, siendo que el procedimiento de EIA es básicamente una herramienta participativa para la toma de decisiones, su omisión conlleva la afectación de la garantía constitucional de derecho de acceso a la información ambiental con carácter previo, oportuno e integral. Se trata de una pre-condición para el ejercicio de los derechos de participación ciudadana, cuyo cumplimiento es inherente a todo proceso de democratización y razonabilidad de las decisiones administrativas.

El derecho a la información también resulta de vital importancia para el ejercicio de otros derechos, como el derecho a la participación. En el caso “Claude Reyes y otros”, la Corte Interamericana concluyó que el art. 13 de la Convención consagra el derecho de los ciudadanos a acceder a la información bajo el control del Estado¹⁵³. Dicha norma ampara el derecho de las personas a recibir información ambiental y la obligación positiva del Estado de suministrarla, la que debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. En el citado caso, la Corte IDH subrayó que “el derecho al acceso a la información juega un rol crítico en la capacidad de la sociedad civil de participar en el diseño de la política pública ambiental”. En este sentido, la protección que ofrece la Convención al derecho al acceso a la información fortalece al Estado democrático.

g) *Procedimientos de consultas y participación previas, como instancias obligatorias*: La celebración de consultas o audiencias públicas previas, en el marco del proceso de EIA, para la autorización de aquellas actividades que puedan generar efectos negativos y significativos, y con ello, el derecho a opinar de los grupos sociales potencialmente afectados, constituyen un requisito e instancia obligatoria consustancial a la legalidad y razonabilidad del acto administrativo aprobatorio, la que debe asegurarse en los procedimientos de EIA¹⁵⁴. Con ese alcance, las normas ambientales relativas al acceso a la información ambiental y a la participación ciudadana en los

(152) CSJN, “Comunidad del Pueblo Diaguita de Andalgalá” (Fallos 335:387), disidencia del Ministro Ricardo L. Lorenzetti.

(153) Corte IDH, Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 77.

(154) Cfr. Ley 25675, Art. 21: “La participación ciudadana deberá asegurarse, principalmente, en los procedimientos de evaluación de impacto ambiental y en los planes y programas de ordenamiento ambiental del territorio, en particular, en las etapas de planificación y evaluación de resultados”.

procesos de evaluación de impacto ambiental y social, son de orden público, deben ser previas al diseño y ejecución de proyectos y llevarse a cabo de buena fe, es decir que las personas deberían tener oportunidades “reales” de participar en la toma de decisiones relativas a su medio ambiente.

h) Participación, consulta y consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y comunidades indígenas: Tratándose de pueblos originarios en nuestro país, la ausencia de participación previa, efectiva e informada de las comunidades indígenas en los procesos de EIA ha generado numerosos precedentes.

Con esa base, resaltan las decisiones judiciales de nuestro Máximo Tribunal, en acciones de cese de actividades iniciadas sin una evaluación previa de impacto ambiental y social (EIAyS) y en violación a lo dispuesto por el art. 75, inc. 17 de la CN¹⁵⁵, o acciones que tienen por objeto el acto administrativo aprobatorio de la EIA, por vicios en su procedimiento¹⁵⁶. La aplicación de dicha norma constitucional, implica “oír la voz de los pueblos indígenas” con el fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista en determinados asuntos y prevenir posibles lesiones a su identidad cultural cuando se adopten medidas que puedan afectar su forma de vida o sus costumbres tradicionales. Esta participación debe permitir que los pueblos indígenas expresen sus inquietudes, propuestas y apreciaciones en una etapa oportuna por medio de procedimientos apropiados para resguardar sus derechos e intereses. En el caso, no solo no fueron ‘oídos’ los pueblos y comunidades, sino que tampoco se contempló la creación de mecanismos apropiados y adecuados que aseguren una participación permanente de aquellos, de modo que puedan intervenir, de manera efectiva, en la determinación de las políticas que los atañen¹⁵⁷.

En igual sentido, la doctrina judicial en materia de participación previa, efectiva e informada de las comunidades indígenas en los procesos de EIA, ha generado numerosos precedentes, comprendiendo sintéticamente, los siguientes lineamientos:

i) Cabe hacer lugar a la acción de amparo deducida por una comunidad indígena a fin de que se declare la nulidad del procedimiento administrativo de impacto ambiental y del estudio realizado en relación a la iniciativa privada de desmonte de miles de hectáreas, ya que los vicios detectados tanto en la realización de aquel estudio, en cuanto omitió valorar los aspectos sociales y culturales que podrían en peligro la supervivencia de la comunidad¹⁵⁸.

(155) CSJN *in re* “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c/ Sec. de MAyDS”, 11.07.2002, ratificada el 08.09.2003.

(156) CSJN *in re* “Salas, Dino y otros c/ Salta, provincia de y Estado Nacional s/ amparo”, 26.03.2009.

(157) CSJN, “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén”, Fallos: 344:441.

(158) “Comunidad Eben Ezer c. Everest S.A. y otros - Amparo - Rec. de apelación”, Corte de Justicia de la Prov. de Salta, 21/06/2007.

ii) Corresponde condenar a arbitrar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos de participación y consulta omitidos, para que puedan expresar el consentimiento libre, previo e informado sobre los programas de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en sus territorios¹⁵⁹. En similar sentido, corresponde la suspensión de la venta de lotes fiscales, si la comunidad indígena sobrevive de acuerdo a sus costumbres y tradiciones, gracias al amplio monte y a la gran diversidad de especies existente en los lotes fiscales de referencia, en tanto se pusieron en venta sin la compensación previa de áreas protegidas y sin hacerse un estudio de impacto ambiental y social previo¹⁶⁰.

iii) Corresponde condenar a la Provincia del Neuquén a que, en el plazo de sesenta días, lleve a cabo la consulta que fuera omitida a fin de que la articulación entre la creación del Municipio de Villa Pehuenia y la forma de vida indígena sea realizada a través del diálogo y de la búsqueda de acuerdos, tal como lo demandan la Constitución y los instrumentos internacionales y en segundo lugar, condenar a ese Estado provincial a que, en un plazo razonable, diseñe, en conjunto con las comunidades indígenas, los mecanismos permanentes de participación institucional para que ellas puedan incidir en la determinación de las políticas y decisiones municipales que las involucran¹⁶¹.

XIV. Relación de síntesis

Tal como manifestó Víctor Hugo en una famosa frase, más poderosa que un ejército invasor es una idea, imposible oponer resistencia a una idea cuyo tiempo ha llegado. El paradigma ambiental eco-céntrico y sistémico es una idea cuyo tiempo está aquí.

De una sintética “topología conceptual” de las resoluciones judiciales y los votos de Ricardo Lorenzetti, se descubre la “microfísica” del estudio aplicado en las diversas causas judiciales ambientales resueltas, bajo su concepción del paradigma ambiental: su modo de abordarlas, de pensarlas, construirlas y expresarlas, de un modo que se presentan como un todo indivisible, demostrativo de una unidad lógico jurídica, consistente con su actividad teórica como eminente doctrinario.

El aporte a la teoría general del derecho ambiental, se presenta como una interpretación constructiva de la práctica judicial, una especie de “teoría general de la jurisdicción ambiental”, que toma como referencia directa a la actividad judicial -como modo de operar el valor más característico del derecho como práctica social

(159) CSJN, “Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos y otros c/Jujuy, Prov. de y otros/amparo”, 27/12/2011, Fallos 334:1861.

(160) CSJN, *in re* “Comunidad Indígena EbenEzer v. provincia de Salta -Ministerio de Empleo y la Producción”, cit. ult.

(161) CSJN, *in re* “Comunidad Mapuche Catalán”, 08/04/2021. Fallos: 344:441.

específica-, para ponderar su grado de correspondencia con las exigencias derivadas del valor “efectividad”.

Existe una especie de perpetuación de la pertinencia del pensamiento jurídico general, que suscita serios problemas para desarrollar perspectivas críticas que adviertan cuándo han dejado de ser adecuados para el contexto en que les toca influir. El paradigma ambiental, bajo las condiciones del Estado de Derecho ambiental forjado por Ricardo Lorenzetti, evoluciona con las mutaciones y características de los conflictos ambientales, evidenciando capacidad de reconstruir respuestas para conservar lo único que las vuelve eficaces: su capacidad de resolverlos.

El espíritu de este trabajo tiene que ver con eso: significar la importancia de partir de una mirada situada de la conflictividad ambiental y sus resoluciones judiciales: la visión paradigmática de Ricardo L. Lorenzetti, invita a pensar y (re)pensar la práctica jurídica: una teoría ambiental con identidad cultural latinoamericana que se orienta hacia la armonización del sistema legal con el ecológico¹⁶².

(162) LORENZETTI, Ricardo L. *Teoría del Derecho Ambiental*, cit., Prefacio.

HISTORIA TRANSICIONAL NORPATAGÓNICA Y REPUBLICANISMO DELIBERATIVO * **

NORTH PATAGONIC TRANSITIONAL HISTORY AND DELIBERATIVE REPUBLICANISM

*Nicolás Emanuel Olivares****

Resumen: En el presente trabajo se propone un análisis interdisciplinario de ciertos fenómenos democráticos, transicionales y subnacionales argentinos. Más precisamente, empleando de forma complementaria herramientas metodológicas de la filosofía política normativa, el análisis crítico del discurso y de la historia política reciente se brindan argumentos relevantes en defensa de la adopción de una perspectiva reconstructiva y evaluativa de tipo republicana deliberativa, en tanto esquema teórico apropiado para la investigación y estudio de los procesos políticos discursivos producidos en las provincias de La Pampa, Río Negro, y Neuquén durante el período 1979-1983.

Palabras-clave: Norpatagonia - Dictadura argentina - Transición democrática - república - Deliberación.

Abstract: In this paper we propose an interdisciplinary analysis of certain Argentine democratic, transitional and subnational phenomena. More precisely, using in a complementary way, methodological tools of normative political philosophy, critical discourse analysis, and recent political history, we offer relevant arguments in defense of the adoption of a reconstructive and evaluative deliberative republican perspective, as an appropriate theoretical scheme for the investigation and study of the discursive political processes produced in the provinces of La Pampa, Río Negro, and Neuquén during the period 1979-1983.

* Trabajo recibido el 25 de julio de 2021 y aprobado para su publicación el 19 de agosto del mismo año.

** El presente trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación: "Transición y consolidación democrática en la Patagonia Norte" aprobado mediante RD-EX-2019-39496872-APN-DDRH#CONICET para el Ingreso a Carrera de Investigador Científico del CONICET. Agradezco especialmente a: E. Llamosas, M. Moroni, N. García y G. Rafart por los valiosos comentarios vertidos a una versión preliminar de este artículo.

*** Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la UNC, Magister en Derecho y Argumentación Jurídica por la UNC. Becario Posdoctoral CONICET. Profesor de Historia de las Instituciones en la Universidad Nacional de La Pampa (UNLPam) y Profesor en Derecho Constitucional (UNLPam). E-mail: olivares.nicolasemanuel@gmail.com

Keywords: Norpatagonia - Argentine dictatorship - Democratic transition - Republic - Deliberation.

Sumario: I. Introducción. II. Las transiciones democráticas norpatagónicas como procesos políticos subnacionales complejos. III. Un análisis histórico crítico de ciertos procesos discursivos norpatagónicos. IV. El republicanismo deliberativo como una atractiva teoría democrática contemporánea. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

I. Introducción

El presente trabajo constituye un primer esfuerzo intelectual orientado a especificar los trazos más prominentes de una novel agenda investigativa, así como a justificar la adopción de ciertas concepciones metodológicas y conceptuales precisas. Nuestro objeto general de indagación está configurado por ciertos *procesos políticos discursivos* acaecidos durante las transiciones democráticas norpatagónicas (1979-1983)¹. En este sentido, huelga aclarar que en términos generales el presente ensayo se inscribe en aquella novel línea investigativa denominada como *historia política del pasado reciente*, así como en términos específicos, debiera precisarse que al interior de dicha línea general asumimos un *enfoque analítico subnacional* y promovemos la adopción de una *concepción republicana deliberativa* de la democracia, en tanto fuente de criterios normativos de corrección.

A los fines de clarificar o precisar aún más nuestro posicionamiento teórico, es que a continuación, en el presente apartado introductorio (I.), precisaremos sintéticamente que entendemos por cada uno de los *presupuestos destacados en cursiva*.

En primer lugar, si bien la incógnita acerca de que debe entenderse por *historia política del pasado reciente* permanece abierta, así como sus objetivos están signados por no pocas controversias, sin embargo, existe una notoria proliferación de trabajos historiográficos que asumen explícitamente dicho marco teórico (Pittaluga, 2017: 22). No obstante, las objeciones a esta perspectiva reparan tanto en la insuficiente separación cronológica entre el tiempo estudiado y el tiempo en el que se estudia, como también en la escasa o inexistente distancia entre el sujeto conocido y el sujeto cognoscente. El pasado reciente en tanto constructo abierto estaría permeado no solo por un pasado más remoto, sino también por un presente o futuro mediato, lo cual habilitaría la indagación acerca de cuáles son las conexiones de sentido identificables

(1) El recorte temporal aquí efectuado se justificaría en dos hitos políticos de relevancia historiográfica. En primer lugar, en el año 1979 puede ubicarse el comienzo del complejo proceso político discursivo, inicialmente encabezado por las fuerzas castrenses, luego dominado por los partidos políticos, dirigido a una lenta y condicionada transición democrática argentina. En segundo lugar, en el año 1983 se produjo en la Argentina tanto a nivel de gobierno federal o nacional, como en los niveles provinciales o subnacionales, el retorno formal a un sistema político calificable como *democrático constitucional*.

entre actores, prácticas y concepciones actuales y otras pasadas, pero relativamente cercanas en el tiempo (Pittaluga, 2017: 25)². No obstante, independientemente de su carácter claramente controversial, resulta claro que la vocación metodológica de esta novel perspectiva historiográfica es de tipo *multidisciplinaria*³, lo cual habilita a que el investigador recurra a diversas combinaciones posibles de herramientas hermenéuticas, reconstructivas, evaluativas y críticas propias de disciplinas tales como la sociología, la ciencia política, la filosofía política y el análisis del discurso (Favaro y Iuorno, 2010)⁴.

En segundo lugar, como enfatizaremos en el segundo apartado (II.), el presente trabajo no solo se inscribe en aquella novel línea de investigación general que se denomina historia del pasado reciente, sino que lo hace desde un novel enfoque específico de tipo *subnacional*. Con ello nos referimos a que estamos especialmente interesados en analizar el fenómeno transicional democrático, en tanto tópico inscripto en el marco más amplio de la historia política argentina reciente, desde una perspectiva política multinivel que rechaza reducir la política y lo político al ámbito federal, general o nacional. Más precisamente, la esfera histórica política nacional es pensada aquí como resultante y no como causante de una compleja interacción entre discursos regionales, provinciales y municipales explicitados durante el período 1979-1983. Los estudios efectuados desde dicho enfoque subnacional pretenden erigirse en representantes de una nueva historiografía argentina, la cual evite una tendencia analítica de tipo centralista reduccionista⁵. En este sentido, diversas historiadoras coinciden en que "...la reciente proliferación de estudios subnacionales constituye un terreno fértil para la constitución de grandes líneas de investigación que sistematicen los nuevos aportes en el campo..." (Mauro, Ortiz de Rozas y Paratz, 2016: 10).

(2) Cabe advertir que "(...) el «tiempo presente» está también habitado por pasados y futuros de ese mismo presente, y aun por pasados y futuros de otros presentes ya pasados (...)" (Pittaluga, 2017: 30). En otras palabras, "(...) todo presente o pasado reciente está siempre atravesado por distintas estructuras y procesos de diferente profundidad temporal que no pertenecen sólo al pasado reciente (...)" (Pittaluga, 2017: 31).

(3) La historia política tras la transición democrática emerge "(...) con una fuerte comunicación interdisciplinaria, especialmente con la sociología y la teoría política, la historia política en cualquiera de sus dimensiones, nacional o provincial, deja de ser la narrativa factual para convertirse en un campo que propone nuevos conceptos, enfoques, métodos, contenidos y fuentes. Un área dentro de la globalidad de la historia, que configura una fuente de informaciones aún por deconstruir, de un espesor y complejidad en lo conceptual que es necesario precisar (...)" (Favaro y Scuri, 2005: 11).

(4) Ello implica "(...) la presentación de reflexiones teóricas y metodológicas sobre los estudios subnacionales, en diálogo con las tradiciones disciplinares de la ciencia política, la sociología, la historia y la filosofía política (...)" (Mauro, Ortiz de Rozas y Paratz, 2016: 11).

(5) Al respecto, cabe señalar que actualmente, "(...) en el marco de diferentes disciplinas que abordan los fenómenos políticos, como la ciencia política, la historia y la sociología política, han ganado terreno los estudios que se valen de una escala subnacional de análisis, lo cual ha permitido ampliar los horizontes teóricos y empíricos del estudio de la democracia argentina (...)" (Ortiz de Rozas, 2016: 33).

En tercer lugar, en el subsiguiente apartado (III.), nos propondremos otorgar especial preponderancia al *factor político discursivo* para una adecuada reconstrucción intelectual de los referidos procesos transicionales norpatagónicos. En consistencia, desde el punto de vista metodológico, consideramos apropiado emplear ciertas herramientas propias del Análisis Crítico del Discurso (ACD) y del Análisis Histórico del Discurso (AHD). Por un lado, el ACD nos ofrece una particular mirada sobre las conexiones de sentido y vinculaciones existentes entre discurso y sociedad, así como nos permite detectar ciertos entramados de dominación discursiva (Van Dijk, 2002). El ACD constituye “...un tipo de investigación analítica sobre el discurso que estudia primariamente el modo en que el abuso del poder social, el dominio y la desigualdad son practicados, reproducidos, y ocasionalmente combatidos, por los textos y el habla en el contexto social y político...” (Van Dijk, 1999: 23). Por otro lado, el AHD nos propone un estudio crítico del uso del lenguaje efectuado por ciertos actores políticos desde un enfoque situado, lo cual nos permite atender adecuadamente a la *complejidad* de dichos fenómenos discursivos subnacionales (Reisigl, 2017). De este modo, utilizaremos algunas hipótesis del ACD, entre las que destacan las siguientes: a) existe una fuerte conexión entre discurso, poder y dominación política; y b) existen múltiples modelos, estrategias y perspectivas discursivas, independientemente del mayor dominio de las sustentadas por un determinado grupo social (Van Dijk, 1999, 2009). En primer lugar, la hipótesis relativa a la conexión entre dominación política e influencia sobre el discurso social, afirma que el poder político está relacionado con el control del discurso, el cual implica un acceso preferencial a su producción y divulgación, definiendo ciertos enfoques, temas y posturas como macroestructuras discursivas impuestas al público. En segundo lugar, la hipótesis relativa a la multiplicidad de discursos o modelos de discurso político señala que, en las sociedades contemporáneas, no obstante la existencia de un grupo, facción, gobierno, partido o movimiento político dominante, existe cierta pluralidad de opiniones que actúan de contrapeso de aquel modelo discursivo hegemónico (Van Dijk, 1999 y 2009).

En cuarto lugar, en el anteúltimo apartado reflexivo (IV.), brindaremos argumentos en defensa de una lectura ampliada o enriquecida de la idea de democracia representativa, la cual pretende ser superadora de una concepción pluralista o poliárquica de la misma (Dahl, 1997; Smith, 1997). Al respecto, siguiendo a los más destacados científicos y filósofos políticos que se han abocado al estudio de la transitología argentina (O’Donnell, 1993; Quiroga, 2008; Nino, 1992), consideramos apropiado emplear una *concepción republicana deliberativa de la democracia*, la cual coloca el foco en los procesos públicos, abiertos y provisorios de justificación política que se producen entre ciudadanos y representantes (Martí, 2006). Aquí nuestra intención es la de profundizar aquella dimensión republicana de la democracia representativa defendida por G. O’Donnell y sus seguidores, procurando una adecuada comprensión cualitativa de los referidos procesos de transición y democratización subnacionales (Gervasoni, 2005; Nogueira, 2012).

Finalmente, en el apartado conclusivo (V.) sintetizaremos el contenido de dichos cuatro presupuestos conceptuales y normativos, así como explicitaremos cuáles serían las *hipótesis exploratorias* posiblemente emergentes de los mismos.

II. Las transiciones democráticas norpatagónicas como procesos políticos subnacionales complejos

Para comenzar cabe advertir que las más recientes investigaciones en ciencias políticas han identificado la existencia de ciertos derrumbes de gobiernos democráticos sin golpes de estados militares y sin desmantelamientos formales de los sistemas constitucionales, evidenciando así otras vías iliberales o antirrepublicanas de colapsos democráticos, colocando al descubierto ciertas notorias falencias en los primeros estudios efectuados sobre transición y consolidación democrática, los cuales hacia fines de 1980, partiendo de un enfoque teleológico centralista, se movían en los extremos conceptuales de autocracia y democracia, otorgaban escasa relevancia al factor discursivo y empleaban como perspectiva indiscutida de análisis una definición minimalista de democracia. Esta constatación metodológica y conceptual de vigencia internacional ha cobrado especial interés para el análisis del caso argentino atento su reciente pasado dictatorial (Feld y Franco, 2014). En este sentido, la historia política del pasado reciente ha construido una nueva interpretación del proceso argentino de transición y consolidación democrática que hace hincapié en los fenómenos políticos discursivos, rechaza la adopción de una perspectiva histórica teleológica y recurre a una definición enriquecida de democracia (Canelo, 2016; Franco, 2017)⁶. A su vez, recientes estudios historiográficos han evidenciado la necesidad de precisar la existencia de diversas modalidades, particularidades y paradojas, propias de cada región y provincia, proponiendo un enfoque subnacional. En otras palabras, destacados investigadores afirman que en Argentina no habría existido una única transición y consolidación democrática sino varias, pudiendo identificarse diversos grados de avances en los procesos provinciales de construcción de legitimidad democrática (Camino Vela y Rafart, 2014; Ferrari y Gordillo, 2015)⁷.

Por un lado, como se ha señalado en materia de transición democrática "...los esfuerzos se han focalizado, principalmente, en el espacio nacional. Esta atención carece de la misma intensidad en los espacios subnacionales, aunque, lentamente y

(6) En este sentido, consideramos que "(...) ampliar la perspectiva de análisis y enfocarnos en la etapa que precedió la derrota de Malvinas en 1982 posibilitará una mayor comprensión de las estrategias de distintos actores políticos y sociales que colocaron en el debate público no solo la necesidad de revisar el rumbo económico del gobierno de facto, sino de exigir pautas para la normalización institucional (...)" (Moroni, 2020: 3).

(7) Al respecto, cabe afirmar que "(...) las piezas del formato federal del régimen político fueron un tablero más de la transición. De allí surge el desafío de pensar la transición política en cada provincia, tanto desde un enfoque comparativo, como prestando atención a su mundo de actores (...)" (Rafart, 2019: 101).

con firmeza, se va avanzando...” (García, 2018: 90). No obstante, “...las investigaciones sobre los espacios subnacionales patagónicos siguen siendo aún más escasas...”, siendo relevante entender que “(...) la transición no hay que considerarla en singular sino en plural, lo que nos obliga a pensar en transiciones (...)” (García, 2018: 90)⁸.

Por otro lado, la crítica a una visión empobrecida o minimalista está presente en diversos análisis historiográficos. Por ejemplo, se ha advertido que “(...) la tesis de la democratización (...) se limitó a los aspectos formales de la democracia. Por lo tanto, no se pensó como un proceso de construcción de una nueva manera de ejercer el poder ni tampoco se comprendió la transición como un espacio inestable donde convergen y donde luchan iniciativas múltiples (...)” (García, 2018: 92).

Así también, la adopción de un enfoque subnacional de los complejos procesos de transición y consolidación democrática ha recuperado las discusiones existentes en el período 1976-1983 sobre cuál debiera de ser la concepción de federalismo a defender en la nueva democracia. En este sentido, es dable afirmar que durante el período 1979-1983 la noción de *federalismo* “(...) se politizaba al extremo de partidizarse. Dejaba disponible el espacio para la acción de la disputa política a tal punto de ir definiendo un lento proceso de imposición de límites o fronteras a la legitimidad partidaria (...)” (García, 2018: 113). Al respecto, las fuerzas políticas entonces predominantes ofrecieron profusas y diversas opiniones acerca del concepto de federalismo. La UCR sostenía que el federalismo era su bandera desde sus orígenes (...) afirmando “(...) que las provincias debían discutir con nación las condiciones de explotación y comercialización. En función de ello, proponían un federalismo concertado (...)” El Justicialismo, advertía que el federalismo era sinónimo de Nación, siendo entonces inviable la oposición entre nación y provincia. Los justicialistas pensaban la unidad nacional “(...) no solo como integración territorial, sino también humana y de participación general de los sectores sociales (...) La finalización de la dependencia del país era concebida como garantía segura para abrir camino al federalismo (...)” (García, 2018: 111)⁹.

Así también, cabe afirmar que “(...) la adopción de una escala subnacional de análisis ha permitido observar las ‘variaciones’ territoriales de un mismo fenómeno político, pero también ha permitido complejizar y cuestionar las interpretaciones

(8) En este sentido, cabe señalar que la concepción tradicional de la historia nacional limita el *concepto de región* a entidades administrativas o espacios geográficos, mientras que la concepción contemporánea de la historia regional no considera que las regiones deban ser entendidas como categorías a priori, sino que las define como genuinos productos históricos intersubjetivamente construidos (Leoni, 2014: 48).

(9) Es de destacar que “(...) un grupo de estudios ha recuperado el planteo de Guillermo O’Donnell (...) sobre las variaciones territoriales de la democracia, haciendo importantes contribuciones a la conceptualización y al estudio empírico de los regímenes políticos subnacionales. La escala subnacional dentro de esta perspectiva apunta a enriquecer el conocimiento de la democracia argentina, concebida desde una definición normativa de la misma (...)” (Mauro, Ortiz de Rozas y Paratz, 2016: 9).

sobre la democracia argentina construida en un nivel de análisis ‘nacional’...” (Ortiz de Rozas, 2016: 33).

El enfoque subnacional aquí adoptado pretende recuperar las advertencias efectuadas en sus últimos trabajos por G. O’Donnell quien “(...) cuestionando el sesgo nacional de los estudios sobre la democracia, la ciencia política se ha interesado por las características de los regímenes políticos subnacionales (...)” (Ortiz de Rozas, 2016: 34). Sin embargo, no nos encuadramos en aquella perspectiva politológica denominada *federalismo fiscal*, la cual pretende erigirse en una visión paradigmática o excluyente dentro de la ciencia política, la cual “(...) entiende la distribución de poder entre los niveles de gobierno y los actores territoriales, como producto del diseño institucional del federalismo (...)” (Ortiz de Rozas, 2016: 34).

El diagnóstico desde el federalismo fiscal sería el siguiente: “(...) los regímenes provinciales (...) son producto del federalismo fiscal argentino, que lleva a que las elites de provincias pequeñas accedan a abundantes medios que emplean para consolidar su poder, a través de prácticas clientelares y otras formas de utilización de los recursos públicos (...)” (Ortiz de Rozas, 2016: 37). Sin embargo, como puede apreciarse en el cuarto apartado de este trabajo, consideramos que tal diagnóstico resulta inadecuado o sesgado atento resulta únicamente de la adopción de una concepción pluralista de la democracia. En otras palabras, existirían otros posibles diagnósticos acerca de los procesos de democratización subnacionales, si el punto de partida es el de una concepción democrática deliberativa (González Bertomeu, 2008).

Sin embargo, desde una lectura complejizada, podrían identificarse cuatro posibles falencias de ciertos trabajos politológicos que adoptan un enfoque subnacional de las transiciones democráticas norpatagónicas.

En primer lugar, parecieran olvidar una dimensión nacional inexpugnable del particular proceso argentino de transición a la democracia que resulta de la existencia legal y práctica durante la dictadura de un régimen unitario. Recordemos lo que decían los estatutos del autodenominado Proceso de Reorganización Nacional (PRN) al respecto, siendo la más paradigmática de las medidas la que señalaba que los gobernadores eran elegidos directamente por la junta militar es decir por el ejecutivo nacional (López, Rozas, 1996). El diálogo político generado en las provincias implicó romper lentamente, pero de forma firme con dicho sistema unitario (Franco, 2017)¹⁰. En segundo lugar, otro posible desacierto en algunos análisis politológicos subnacionales sería el de priorizar el aspecto retórico del diálogo político en el espacio nacional a la vez que centrar su estudio en actores y trayectorias en lo provincial, como si las provincias no fueran capaces de crear discursos políticos influyentes (Rodrigo, 2016). En tercer lugar, un posible problema metodológico

(10) Ello no implica negar que “(...) la política en los espacios subnacionales nunca es un mero reflejo. Por el contrario, las provincias son (...) terrenos de producción de lo político, espacios donde se construyen experiencias, estilos políticos, se aplican determinadas prácticas (...)” (Ferrari, 2016: 75).

surgiría de aplicar una concepción normativa de democracia para el proceso de transición nacional y otra concepción distinta, más compleja o empobrecida, a los procesos de transición provincial. En muchos casos, pareciera ser que en el nivel nacional alcanza y sobra con cumplimentar una democracia pluralista, mientras que a nivel provincial se requiere satisfacer elementos más complejos de una democracia deliberativa (González Bertomeu, 2008). En cuarto lugar, ciertos análisis de la transitología argentina descuidan las particularidades de aquellos espacios subnacionales que otrora eran territorios nacionales. Al respecto, recordemos que hacia 1880 no se podría decir técnicamente que estaba completamente conformado el Estado argentino, al menos tal como lo conocemos hoy, “(...) ya que por setenta años existen habitantes en casi la mitad de país que no gozan de los mismos derechos sociales y políticos que los que se encuentran en las provincias. La ciudadanía (...) le es negada durante más de medio siglo (...)” a los territorianos (Favaro y Cao, 2005: 24). En este contexto desigual, el federalismo no tendría plena vigencia, ya que existían sendas imposiciones del Estado Central sobre los denominados Territorios Nacionales (Favaro y Cao, 2005: 29).

Los complejos y residuales efectos de su originaria constitución como territorios nacionales, pueden apreciarse con meridiana claridad en los casos de La Pampa, Rio Negro y Neuquén. En primer lugar, en el espacio público pampeano del período 1979-1983, las tensiones y resistencias para con el gobierno castrense emergían de una particular concepción de la justicia social instaurada durante el peronismo, movimiento político que signaría fuertemente la matriz social pampeana de amplia clase media y con fuerte intervención estatal, así como por los triunfos políticos del radicalismo provincial el cual luchaba durante la transición democrática provincial por refundar la república y recuperar el Estado de derecho (Moroni, 2019, 2020). En segundo lugar, en el caso de Rio Negro, constituía a principios de 1980 “(...) una provincia nueva que ofrecía un desarrollo asociado a una sociedad más equilibrada, con una estructura productiva más moderna que las viejas provincias y una estructura social dinámica (...)” (Camino Vela, 2019: 94). En tercer lugar, en el caso de Neuquén cabe señalar que durante el período 1979-1983 su sociedad poseía una cultura política socialista que reclamaba “(...) por el regreso de las libertades, las instituciones republicanas, elecciones libres y limpias, junto a un efectivo pluralismo político (...)” (Rafart, 2019: 103). De este modo, como puede apreciarse, la historia política reciente de las referidas provincias norpatagónicas plantea “(...) particulares desafíos a nuestro desarrollo conceptual: el de aquellas jurisdicciones que, durante buena parte de su historia reciente, tienen el carácter de territorio nacional (...)” (Favaro y Cao, 2005: 18).

En síntesis, en el presente trabajo consideramos trascendentes los complejos, graduales y controversiales procesos de provincialización acontecidos durante el siglo XX en el espacio geopolítico nacional, evento del cual fue protagonista la región norpatagónica. Los territorios nacionales de La Pampa, Rio Negro y Neuquén creados mediante la ley N° 1532 (1884) padecerían de un trato político desigual que

el propinado a las provincias preexistentes, generando así dos categorías asimétricas de ciudadanía (Favaro y Cao, 2005). Así también, debe de repararse en las reformas institucionales impuestas por la última dictadura militar argentina (1976-1983), las cuales establecieron el funcionamiento de un Estado Nacional de tipo Autoritario Unitario, verificable en la uniformidad de nombramientos, duración de cargos, designación de interventores provinciales desde la junta militar nacional, homogeneidad de acciones económicas, entre otras medidas tendientes a reforzar un sistema político autocrático consagrado en unidad de régimen (López Rosas, 1996).

III. Un análisis histórico crítico de ciertos procesos discursivos norpatagónicos

La prioridad o preponderancia otorgada por la historia política del pasado reciente al aspecto político discursivo, así como el perfil multidisciplinario asumido desde la historiografía subnacional, requeriría, como adelantáramos, la adopción de una metodología analítica apropiada para lidiar con los complejos procesos políticos norpatagónicos producidos entre 1979 y 1983.

Por un lado, T. A. Van Dijk señala que existen tres áreas de conexiones entre discurso y sociedad desde una teoría crítica del discurso (TCD), a saber: 1) “(...) a muchos niveles, las estructuras sociales (...) son condiciones para el uso del lenguaje, es decir para la producción, la construcción y la comprensión del discurso...”; 2) “... el discurso, de muchas maneras, construye, constituye, cambia, define y contribuye a las estructuras sociales (...)”; y 3) “(...) la interfaz entre discurso y sociedad uno puede llamarla representativa (...) en el sentido de que las estructuras del discurso hablan sobre, denotan o representan partes de la sociedad (...)” (Van Dijk, 2002: 19).

Particular trascendencia posee para nuestros fines argumentativos la especial conexión proyectada por T. Van Dijk entre discurso y sociedad ya que resulta innegable que el discurso pluralista de la Multipartidaria Nacional ha impuesto desde finales de 1980 una mirada reduccionista, simplista y por tanto perjudicial sobre la idea de democracia. El triunfo de la perspectiva pluralista de la democracia, encarnada en la coalición Multipartidaria Nacional (MN), por sobre la monista, asumida por el Movimiento de Opinión Nacional (MON) significó no solo la emergencia de una posible renovación democrática de la política, sino una redefinición de lo político, conforme la cual el criterio normativo de toma de decisiones por antonomasia sería desde entonces el de la negociación. No es casualidad que el único proyecto de reforma constitucional aprobado desde entonces no haya surgido de la protesta política o deliberación razonada de la ciudadanía, sino de acuerdos opacos producidos entre ciertos miembros de una elite de representantes políticos alojada en partidos mayoritarios (Nino, 1992).

Desde el análisis crítico del discurso (ACD) cabe afirmar que “(...) muchas dimensiones de la sociedad se construyen, por lo menos parcialmente, con el discurso, como la política, el derecho, la educación o la burocracia (...)” Sin embargo, “(...) la relación entre discurso y sociedad no es directa, sino mediada por la cognición

compartida de los miembros sociales...” (Van Dijk, 2002: 19). De este modo, “(...) en ACD el enfoque es sobre relaciones de poder, o más bien sobre el abuso de poder o dominación entre grupos sociales (...) El análisis crítico de esos discursos facilita la comprensión, y a veces la transformación de esas relaciones de poder (...)” (Van Dijk, 2002: 19-20). La teoría del ACD de T. Van Dijk encuentra aquí una interesante vinculación con la *concepción republicana deliberativa*, atento ambas se preocupan especialmente por morigerar, restringir o bien eliminar la dominación, aunque desde campos disciplinares distintos, una desde la teoría del lenguaje y la otra desde la teoría de la democracia. Así, desde una perspectiva global u holística, podría afirmarse que el lenguaje, la retórica, el discurso, así como los argumentos filosóficos, emergen como herramientas apropiadas no solo para describir sino para transformar la realidad social, haciendo evidentes cuanto menos, ciertas situaciones políticas abusivas u opresivas.

Por otro lado, “(...) en los países de habla inglesa, la etiqueta análisis histórico del discurso y su acrónimo AHD representan uno de los enfoques críticos más destacados para el estudio del discurso. La etiqueta destaca el fuerte interés de investigación histórica del enfoque (...)” (Reisigl, 2017: 44, Trad. Prop.). De este modo, “(...) a lo largo de las últimas tres décadas, los exponentes del enfoque han elaborado continuamente su teoría, metodología y métodos, estimulados una y otra vez por nuevos temas de investigación, por valiosos comentarios y críticas del grupo de pares científicos y por muchas ideas inspiradoras en diversas ciencias sociales (...)” (Reisigl, 2017: 44, Trad. Prop.).

En este sentido, cabe señalar que “(...) para el AHD, el lenguaje no es poderoso por sí solo, es un medio para ganar y mantener el poder mediante el uso que las personas poderosas hacen de él. Esto explica por qué el AHD analiza críticamente el uso del lenguaje de aquellos en el poder que tienen los medios y las oportunidades para mejorar las condiciones (...)” (Wodak y Reisigl, 2009: 88, Trad. Prop.). Desde el AHD se afirma que “(...) el poder se legitima o deslegitima en los discursos. Los textos son a menudo lugares de lucha social porque manifiestan rastros de diferentes luchas ideológicas por el dominio y la hegemonía (...)” (Wodak y Reisigl, 2009: 89, Trad. Prop.). Por lo tanto, podría indicarse que “(...) al emplear el AHD, investigamos fenómenos multifacéticos en nuestras sociedades (...)”, con lo cual “(...) para analizar, comprender y explicar la complejidad de los objetos bajo investigación, consideramos muchas fuentes de datos diferentes y accesibles (...) desde varias perspectivas analíticas (...)” (Wodak y Reisigl, 2009: 89, Trad. Prop.).

La hipótesis conforme la cual *el lenguaje constituye un poderoso medio para sostener o agrietar cierta estructura de poder*, de ningún modo es ajena a la teoría política neorepublicana, sino todo lo contrario. En este sentido, huelga recordar, que la emergencia de nuevas teorías republicanas producida hacia fines de 1970, mediante las conceptualizaciones producidas desde la Escuela de Cambridge, ha sido sustentada sobre una consideración revigorizada del discurso político, conforme la cual la retórica no debe ser reducida a teoría, sino que debe ser tomada como

genuina *acción política* (Skinner, 2008). Así, pueden trazarse ciertas conexiones de sentido entre el AHD y el neorepublicanismo, ya que ambos se proponen analizar críticamente el lenguaje, los discursos y argumentos empleados para sostener cierta estructura oligárquica de poder, así como proponen ciertas adendas a la constelación semántica existente, con miras a proyectar un rumbo político transformativo tanto en materia institucional como cívica¹¹. Sin embargo, en este contexto teórico, cabe señalar que “(...) la cuestión de delimitar las fronteras de un discurso y de diferenciarlo de otros discursos es intrincada: los límites de un discurso (...) son en parte fluidos. Como construcción analítica, un discurso siempre depende de la perspectiva del analista del discurso. Como objeto de investigación, un discurso no es una unidad cerrada, sino una entidad semiótica dinámica que está abierta a la reinterpretación (...)” (Wodak y Reisigl, 2009: 89, Trad. Prop.).

Ahora bien, *¿cómo podrían aplicarse los presupuestos y herramientas analíticas del ACD y AHD a los procesos discursivos transicionales norpatagónicos?* En respuesta a este interrogante, cabe recordar que, tras un primer ensayo de apertura al diálogo promovido en 1979 por la cúpula de las FFAA, la prensa nacional bregaba hacia 1980 por el desarrollo de argumentos efectivos para justificar la emergencia de un nuevo sistema democrático. Del mismo modo que aconteció en el plano político nacional, los partidos políticos norpatagónicos se avocaron a la tarea de precisar un discurso político desde el cual sustentar la emergencia de nuevos gobiernos democráticos en el plano subnacional (Camino Vela y Rafart, 2014).

En diciembre de 1979 el gobierno militar publicó un plan sistemático y progresivo para el retorno a un gobierno supuestamente civil. Los tres pasos principales allí mencionados incluían: a) dictar nueva legislación nacional, especialmente en materia de medios de comunicación y asociación gremial; b) establecer un diálogo multisectorial; y c) llamar a elecciones si las condiciones estuvieren dadas (Olivares, 2019: 165). De este modo, “(...) en forma paralela al segundo momento dialoguista que convocaba el ministro del Interior de la dictadura, los dirigentes políticos lanzaban una propuesta multisectorial opositora que apuntaba a reunir a los partidos políticos y al sindicalismo para acordar un piso de coincidencias básicas y diseñar un cronograma con plazos de retorno al Estado de derecho (...)” (Moroni, 2020: 6).

Sin embargo, desde la Junta Militar se señalaba que las pautas del diálogo debían ser fijadas y evaluadas por las mismísimas FFAA, con lo cual la apertura al diálogo no implicaba un inmediato llamado a elecciones democráticas, sino el diseño de una serie de intrincados pasos direccionados a la efectiva implementación de un gobierno democrático y constitucional. En particular las FFAA señalaban que resultaba imperioso actualizar las ideas fundamentales de la Constitución Nacional.

(11) En otras palabras, el AHD y el neorepublicanismo coincidirían en que “...el discurso político no es solo un conjunto de proposiciones lógicamente enlazadas acerca de la política, sino que además el discurso político es político en sí mismo: se trata de una acción realizada en defensa de una posición contra un adversario...” (Rosler, 2016: 15).

En continuación con el esquema centralista unitario de poder instaurado por la Junta Militar, se convoca a los gobernadores provinciales y del territorio nacional de Tierra del Fuego, electos por los sucesivos presidentes de la Junta Militar, a recibir y acatar las instrucciones para un adecuado proceso de apertura al diálogo con las instituciones partidarias y organizaciones sociales (Moroni, 2019).

En primer lugar, la hipótesis relativa a *la conexión entre dominación política e influencia sobre el discurso social*, nos compele a entender la disputa discursiva acaecida desde 1979 a 1983 en Argentina entre monistas (partidarios del MON) y pluralistas (defensores de la MN) como una batalla librada por el sentido predominante de *lo político*, o de ciertos términos políticos, en un espacio y lugar determinados. En otras palabras, el ACD nos permite vislumbrar la afrenta entre dos macroestructuras semánticas distintas, las cuales organizan globalmente el significado del discurso político a los fines de imponer un modelo político comunicacional hegemónico que sea responsivo a su perspectiva de lo político (Van Dijk, 1999: 31). De este modo, una posible proyección evaluativa de dicha primera hipótesis sobre nuestro pasado político reciente, arrojaría que la *hegemonía del discurso político pluralista* entre representantes y representados no solo constituiría la base retórica de sustentación de la emergencia en 1983 de un nuevo gobierno democrático, sino también, el surgimiento de aquel perjudicial corsé teórico que ha impedido o bien condicionado la emergencia de plataformas electorales, reformas institucionales, desarrollos culturales y cívicos, que puedan ser calificados como profundamente democráticos. En otras palabras, podría afirmarse, que la reducción poliárquica de la idea de democracia a un mecanismo de toma de decisiones únicamente definido por principio del voto mayoritario, ha coartado la posibilidad de que otras concepciones, expresiones y manifestaciones democráticas, de tipo deliberativas, participativas o bien igualitarias se hagan presentes en nuestra historia política reciente (Nino, 1992, 1997).

En segundo lugar, la hipótesis relativa a *la multiplicidad de discursos o modelos de discurso político*, nos permite comprender que independientemente del poderío comunicacional y legitimación que en aquel entonces poseía el discurso militar, el mismo fue disputado por otros discursos políticos, los cuales se apropiaron de las categorías o términos políticos de aquel, pero mudando los usos semánticos que se les debía atribuir. Ello se produce dado que más allá de cierta predominancia de un discurso político, siempre existen frenos y compensaciones, especialmente en las sociedades más o menos democráticas, donde diversos grupos compiten por el poder, engendrando diversas formas de lucha y resistencia discursiva y no discursiva. En definitiva, el ACD sostiene que estrictamente nunca podría afirmarse que existe un único grupo que controle todas las facetas, tópicos o dimensiones del discurso público (Van Dijk, 1999: 32). La aplicación de dicha segunda hipótesis al análisis crítico de nuestra historia política reciente nos permitiría evitar aquel reduccionismo propio de ciertos estudios teóricos politológicos de principios de 1990 que, en el contexto de la transición argentina, definían al concepto de democracia como el opuesto, inverso o antónimo de autocracia. En particular, como hemos

adelantado, diversas y reconocidas historiadoras contemporáneas nos persuaden de la complejidad de los procesos transicionales subnacionales, siendo posible detectar en nuestro pasado reciente concepciones democráticas diversas, las cuales rivalizarían en diversos aspectos teóricos y prácticos. Una posible manera de pensar dicha *multiplicidad de discursos políticos* es, como adelantamos, la de clasificarlos en monistas, pluralistas y deliberativistas.

Las herramientas del ACD y del AHD nos permitirían entonces analizar más adecuadamente las complejas transiciones democráticas norpatagónicas, evitando ciertos reduccionismos teóricos. En este sentido, como afirmamos en la introducción de este trabajo, algunos historiadores contemporáneos han señalado que en anteriores investigaciones se endilgaba a la transición democrática argentina un marcado *sesgo rupturista* (Canelo, 2016; Franco, 2015). De este modo, las protagonistas de investigaciones recientes nos advierten que tomar a la derrota en Malvinas como única o principal causa del retroceso dictatorial implicaría negar o soslayar el complejo entramado discursivo pretérito a dicho enfrentamiento bélico. En este sentido, la actual relevancia y vigencia de los valores democráticos y humanitarios no constituiría un producto abrupto de una derrota bélica, sino un complejo subproducto de aquella resignificación semántica y normativa producida en Argentina desde el segundo intento de apertura al diálogo político (Franco, 2015: 116-124).

Desde nuestra particular consideración y en consistencia con los desarrollos teóricos de numerosas especialistas en historia política reciente, consideramos que la hipótesis rupturista es cuanto menos controversial, o peor aún falaz. En este sentido, este trabajo pretende aportar argumentos exploratorios en defensa de una hipótesis general distinta a la mencionada hipótesis rupturista. En este sentido, consideramos que el análisis pormenorizado de los discursos políticos emitidos en el contexto de enunciación y justificación que definimos como momento transicional (1979-1983), permiten justificar que la transición democrática en Argentina, así como en la Norpatagonia, no ha sido rupturista sino gradualista (Olivares, 2019: 179-180).

El *gradualismo* no se identificaría con un relato o reconstrucción intelectual lineal simplista de civiles versus militares, ni tampoco admitiría como único o principal mojón temporal un enfrentamiento armado entre argentinos y británicos. El pasaje de autocracia a democracia, sería discursivo, complejo y gradual, y emergería de la profunda erosión de la trama semántica y normativa del autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional”, pudiendo ubicarse entonces en 1980 el comienzo de la pérdida de legitimidad de aquellos principios y medidas anunciados en su Acta y Estatuto. Es en el debate semántico sobre que entendemos por política, democracia, derechos humanos, estado de derecho, patria, en donde se pone en juego *lo político*, en donde adquiere sentido las intervenciones perlocucionarias de los actores políticos de aquel entonces. Pues en dicha batalla semántica es donde se intentan fijar las categorías dominantes, desde los cuales un determinado sector político deseaba construir e imponer una particular y concreta división de lo político (Gambarotta, 2017: 630).

Finalmente, como hemos señalado con anterioridad, la perspectiva discursiva del pasado reciente aquí asumida, no solo se alimentaría de los presupuestos teóricos y metodológicos del ACD y AHD, sino también de los propios del *republicanismo deliberativo*. Es por ello, que en el siguiente apartado nos detendremos a dar contenido a dicho sintagma, en tanto matriz teórica atractiva desde la cual evaluar las complejas transiciones democráticas subnacionales de La Pampa, Río Negro y Neuquén.

IV. El republicanismo deliberativo como una atractiva teoría democrática contemporánea

A finales de 1960, contra postulados anarquistas y elitistas, R. Dahl sintetizó lo que él considero criterios necesarios y suficientes para que todo procedimiento de decisión sea considerado *democrático*. La primera formulación de los mismos aparecerá ya decantada en las obras de 1980: y permanecerá en su estructura básica hasta la obra cumbre del autor (Dahl, 1997: 135). Estos últimos son cinco criterios, a saber: 1) Participación efectiva; 2) Igualdad de los votos en la etapa decisoria; 3) Autonomía; 4) Control final de la agenda; 5) Inclusión de las y los ciudadanos (Dahl, 1997: 135-267).

El *pluralismo democrático* como base pragmática y normativa de sustentación, en su expresión más palmaria de la transición democrática argentina persistiría hasta la elección de Alfonsín como presidente de la nación en 1983. Al respecto, corresponde advertir que el presidente electo, asesorado por el filósofo C. S. Nino, delineó una política democrática deliberativa que se distanciaba de la lógica pluralista antes mencionada, intentando profundizar, complejizar, multiplicar las metas democráticas¹².

Hacia 1989, tras el final anticipado del gobierno alfonsinista, los analistas políticos argentinos adoptaron como marco normativo predilecto la particular interpretación que el cientista político español J. J. Linz ofreció de la teoría democrática pluralista de R. Dahl, aplicando entonces el esquema analítico poliárquico al estudio de las *transiciones democráticas* en Europa o América Latina y promoviendo activamente la parlamentarización de la política (Smith, 1997: 223). En este sentido, cabe afirmar que los estándares pluralistas, agregativos o cuantitativos de evaluación de las instituciones políticas pergeñados por J. J. Linz ocuparon incluso un rol

(12) Cabe señalar, que no obstante las ventajas, en términos de legitimidad y eficiencia que contra la perspectiva castrense decisionista del MON ostentaba el pluralismo democrático de la MN, ya en aquel entonces C. S. Nino sostenía que el sistema presidencial argentino desde la transición democrática poseía graves defectos de *legitimidad democrática*, originados ellos por la adopción de una concepción pluralista impropia de la democracia como base normativa justificatorio del diseño constitucional hiperpresidencial argentino. Los defectos normativos propios del presidencialismo argentino, bajo una concepción pluralista impropia de la democracia a los cuales refiere C. S. Nino son los siguientes: 1) dispersión de soberanía; 2) deficiente procesamiento del consenso colectivo; 3) mediación imperfecta; 4) apatía política; y 5) empobrecimiento del debate público (Nino, 1992: 577).

preponderante en la reforma constitucional de 1994 donde predominó lo negocial (Nino, 1992, 1997). Posteriormente, hacia 1999, y como consecuencia del *sendero de la dependencia* trazado, es decir de las instituciones y medidas políticas implementadas, se consolidaron en la Argentina dos concepciones políticas normativas y discursivas predominantes¹³.

Por un lado, atendiendo a una perspectiva democrática populista decisionista, podrían identificarse a quienes consideran adecuado adoptar un régimen unitario acotado, volviéndolo consistente con un sistema hiperpresidencial, dado que ello proveería mayor legitimidad a las medidas políticas nacionales (Novaro, 2011). Este primer modelo defendería una particular concepción del valor libertad política, definiéndola en función de la interferencia activa y selectiva estatal nacional en las relaciones interprovinciales. Por otro lado, partiendo de una concepción democrática pluralista impropia, existen quienes defienden un régimen federal acotado de tipo negocial, el cual parte de una concepción negativa del valor libertad política, entendida esta como la no interferencia estatal nacional en las concertaciones efectuadas entre provincias. Desde dicha segunda perspectiva, el respeto por los diversos intereses provinciales y la particular capacidad de negociación de cada entidad subnacional garantizarían un sistema democrático federal legítimo (González Bertomeu, 2008).

De este modo, podría afirmarse que, desde finales de 1990, las instituciones políticas argentinas se han desarrollado generalmente bajo dos *concepciones democráticas antirrepublicanas*. Por un lado, se han implementado gobiernos democráticos populistas que avasallaron el valor legitimidad política. Por el otro, se adoptaron regímenes democráticos libertaristas que vilipendiaron el valor justicia social. Por más de tres décadas la sociedad argentina se ha dividido entre quienes apoyan una y otra postura, colocándose en una aparente, aunque acuciante paradoja democrática, la cual sentencia: a mayor justicia social menor legitimidad, y a mayor legitimidad menor justicia social (O'Donnell, 2009, 2011).

Por su parte, C. H. Gervasoni señala que en el marco de la discusión acerca de la transición democrática argentina la definición del término *democracia* debiera de respetar ciertas pautas, entre las cuales destacan las siguientes tres: a) ser más empírica que normativa, o más precisamente, emparentarse con la noción de poliarquía; b) respetar los desarrollos conceptuales efectuados desde la ciencia política; y c)

(13) En términos generales, el concepto de *sendero de la dependencia* o *path dependency*, señala que en ciertas ocasiones pueden encontrarse fenómenos políticos, derivados de un pasado remoto, lejano, o mediato, que resultan difícilmente reversibles. En este marco político viciado, la introducción de nuevas normas, instituciones, medidas o prácticas, se verán severamente afectadas en su contenido y alcance por la tendencia política ya trazada (Hall, 1996: 938). La única manera entonces de romper con dicha inercia política, consiste en introducir modificaciones culturales e institucionales dirigidas a cambiar el rumbo, que sean lo suficientemente efectivos para cumplir con su cometido, sin ser absorbidos por el surco político ya marcado (Hall, 1996: 938).

ser estrictamente política, no dependiendo necesariamente de variables culturales, sociales y económicas (Gervasoni, 2005: 86-87).

De este modo, como puede apreciarse C. H. Gervasoni insiste en adoptar una definición mínima, realista, empírica y *pluralista* de democracia, señalando que debemos “(...) imaginar a la democracia sólo en términos estrictamente políticos (...)” rechazando a aquellas perspectivas democráticas más enriquecidas las cuales consideran que ciertos “(...) mínimos niveles de bienestar socioeconómico e igualdad (...)” constituyen “(...) un elemento central del concepto (...)” (Gervasoni, 2005: 99-100). Así, dicho autor y diversos politólogos insisten en que “(...) hay razones teóricas y prácticas para mantener la democracia y las condiciones socioeconómicas separadas, especialmente en el contexto de las provincias argentinas (...)” (Gervasoni, 2005: 100). En este sentido, C. H. Gervasoni afirma que “(...) al contrario de los hallazgos de la investigación a nivel nacional (...) que presenta una consistente correlación entre autoritarismo y factores socioeconómicos tales como la pobreza y analfabetismo, las provincias menos democráticas de Argentina no presentan siempre las peores condiciones socioeconómicas (...)” (Gervasoni, 2005: 100). En otras palabras, dicho autor considera que “(...) no parece haber una asociación clara ni fuerte entre condiciones socioeconómicas de pobreza y autoritarismo en las provincias argentinas (...)” (Gervasoni, 2005: 102).

Por nuestra parte, como hemos anticipado en la introducción, la *concepción republicana deliberativa* es el modelo normativo de legitimidad y libertad política que este trabajo adopta para evaluar las complejas transiciones democráticas norpatagónicas de La Pampa, Rio Negro y Neuquén. A los fines de brindar un concepto sintético, podría definirse a la *democracia deliberativa* como aquel ideal político regulativo conforme el cual la legitimidad democrática de las normas, medidas e instituciones políticas depende de la existencia de un proceso intersubjetivo de justificación política, constante, autocorrectivo, en el cual todas las y los afectados debieran de deliberar públicamente entre sí, sometiendo a prueba sus propias preferencias políticas, así como respetando la dignidad y argumentos de las y los deliberantes (Chambers, 2003). Su *concepción republicana* generalmente parte de una definición negativa del valor libertad política, entendiéndola como no dominación, es decir, como la no interferencia arbitraria en el curso político de acción de un sujeto individual o grupal (Martí, 2006).

Diversas formulaciones de una *concepción republicana* han sido defendidas por numerosos y reconocidos investigadores especializados en ciencia y filosofía política¹⁴.

(14) A los fines de una explicación algo más detallada de la *tradición política republicana* y su particular relación con los conceptos de democracia y constitución se recomienda consultar los recientes trabajos desarrollados por los teóricos políticos argentinos A. Rosler (2016) y O. Guariglia (2017).

Por un lado, entre los *cientistas políticos* cabe recuperar las voces de G. O'Donnell, H. Quiroga y M. C. Reigadas. En primer lugar, G. O'Donnell argumentaba que resulta necesario adoptar en nuestro análisis de los procesos de transición y consolidación democrática "(...) una dimensión republicana (...)" la cual se conectaría con la existencia de una *accountability horizontal* (AH) entre organismo de gobierno (Nogueira, 2012: 185). En este mismo sentido, se ha señalado que incluso "(...) la idea de un Estado democrático de derecho no es factible sin la dimensión republicana o, lo que es lo mismo, la AH (...)" (Nogueira, 2012: 186). En segundo lugar, H. Quiroga señala que ni la democracia libertaria (meramente electoral) ni la democracia populista (puramente vertical) constituyen contextos políticos adecuados para garantizar el necesario avance en términos de legitimidad y estabilidad de la democracia argentina. H. Quiroga señala que la democracia decisionista y la democracia pluralista deben abandonarse y dar lugar a una democracia republicana donde se multipliquen y amplíen los contextos deliberativos de discusión y participación ciudadanas (Quiroga, 2008: 82-84). Este autor, sostiene que la calidad de la democracia, depende de la calidad de discusión pública existente entre ciudadanos y representantes (Quiroga, 2008: 83-84). En tercer lugar, M C. Reigadas señala que, dadas las condiciones normativas no ideales actuales de la sociedad democrática argentina, resulta necesario adoptar una justificación y diseño democrático que supere una "(...) definición minimalista, buscando nuevas formas de relación en los líderes y la gente, rechazando los modelos importados y procurando promover la democracia participativa (...)" (Reigadas, 2009: 257).

Por otro lado, entre las propuestas *filosóficas políticas* contemporáneas, las ofrecidas por P. Pettit y J. L. Martí resultan paradigmáticas de la defensa de un modelo democrático republicano.

En primer lugar, el filósofo político irlandés P. Pettit hace hincapié en las definiciones de los conceptos de libertad política, legitimidad democrática y justicia social. Para comenzar, P. Pettit define el concepto de libertad política como no dominación, es decir como aquel estatus conforme el cual las y los ciudadanos desarrollan su vida sin sometimiento al poder arbitrario de un agente estatal o particular (Pettit, 2012: 5-8). A su vez, la noción de libertad política entendida como no dominación tendría dos facetas normativas específicas, las cuales se corresponderían con dos principios políticos. El criterio de legitimidad democrática, aludiría a la aceptabilidad deliberativa por parte de la ciudadanía de ciertas normas, instituciones y medidas políticas fundamentales. La aceptabilidad general únicamente podría ser considerada como tal, si y solo si, las y los ciudadanos reales gozaran de herramientas, canales y medios eficaces para influir sobre y direccionar a ciertos asuntos de gobierno. El criterio de legitimidad democrática tendría entonces por meta promover la no dominación pública del Estado sobre los particulares. El estándar de justicia social, referiría a la genuina posibilidad de las y los ciudadanos de ejercer ciertas libertades básicas relacionadas con aspectos sociales, simbólicos y materiales. El estándar de justicia social tendría por objetivo fomentar la existencia de una infraestructura apropiada

para la distribución equitativa de aquellas libertades consideradas básicas, evitando, morigerando o erradicando así la no dominación privada entre particulares (Pettit, 2012: 297-301).

En segundo lugar, el filósofo político catalán J. L. Martí asume una *concepción republicana cívica* o enfoque neorepublicano, conforme el cual debe distinguirse una versión clásica de otra contemporánea de la tradición republicana. Por un lado, la *versión republicana clásica*, defendida por autores tales como Aristóteles, adhiere a ciertos caracteres, elementos o presupuestos perfeccionistas, ya que impone una perspectiva moral comprensiva de las nociones de bien común y corrección política. Por otro lado, la *versión republicana actual*, promovida por autores tales como P. Pettit, adhiere a determinados presupuestos, elementos o caracteres no perfeccionistas, atento propone una definición política provisoria y abierta, es decir, contestable en su contenido y alcance de libertad política, entendida como no dominación, así como promueve una definición instrumental de virtud cívica, entendida como medio adecuado para lograr el fin último de preservar la libertad política de las y los ciudadanos (Martí, 2006: 242-246). El republicanismo cívico o neorepublicanismo asumido por J. L. Martí debiera de ser calificado como *participativo*, atento: a) afirma que el estándar normativo de autogobierno debe ser considerado como un criterio normativo principal o prioritario por sobre otros de menor relevancia teórica; b) considera que el modelo democrático deliberativo promueve mejores decisiones ciudadanas que los modelos normativos rivales, atento, dadas ciertas condiciones normativas ideales, posibilitaría la emergencia de decisiones intersubjetivas valiosas en términos epistémicos; y c) entiende que la participación ciudadana no debiera ser completamente reemplazada por mecanismos representativos, siendo indispensable la intervención directa de las y los ciudadanos en ciertos asuntos públicos de relevancia (Martí, 2006: 1-87). En cuanto a dichas condiciones normativas ideales de participación democrática, J. L. Martí diferencia entre precondiciones y principios estructurales de la deliberación. Las *precondiciones deliberativas* serían aquellos presupuestos necesarios para la realización de “(...) algún principio estructural del proceso deliberativo (...)” (Martí, 2006: 88), mientras que los *principios deliberativos* constituirían aquellas propiedades formales y definitorias del proceso democrático deliberativo, debiendo tenerse en cuenta que “(...) su cumplimiento puede ser gradual (...)” (Martí, 2006: 89).

La aplicación de dichos criterios normativos evaluativos de libertad política, legitimidad democrática y justicia social a aquellos complejos procesos transicionales norpatagónicos permitiría detectar cuáles normas, diseños institucionales o medidas políticas, introdujeron, aumentaron, disminuyeron o erradicaron la dominación política del Estado Nacional sobre dichos Estados provinciales, o bien de un Estado provincial sobre otro, teniendo en consideración su particular morfología política federal.

A su turno, desde una perspectiva democrática pluralista, C. H. Gervasoni afirma que “(...) los problemas normativos surgidos por el federalismo y la sobre-re-

presentación se agravan cuando se toma en consideración la existencia de casos de autoritarismo subnacional (...)” (Gervasoni, 2005: 111). En este sentido, dicho analista afirma que “(...) las democracias federales, especialmente en países en desarrollo con múltiples nichos de dominación oligárquica, dan por definición el poder nacional a representantes de unidades subnacionales que no son totalmente democráticas (...) No sorprende que, cuando obtienen el poder nacional, estos políticos entren en prácticas perjudiciales para las dimensiones liberal y republicana de la democracia (...)” (Gervasoni, 2005: 113). Sin embargo, como hemos intentado señalar, podría afirmarse que los problemas de sobrerrepresentación y autoritarismo a nivel subnacional no se aplican necesariamente al proceso de transición democrática argentina en general y norpatagónica en particular. Primero, el Estado argentino desde el 24 de marzo 1976 al 10 de diciembre de 1983 asumió una forma gubernamental y estatal unitaria (López Rosas, 1996), así como los estados de norpatagónicos hasta mediados de siglo XX constituyeron sendos territorios nacionales dominados por el Estado central (Favaro y Cao, 2005: 24). En segundo lugar, los enclaves políticos provinciales de la Norpatagonia demostraron una perspectiva social, republicana y democrática muy fuerte en especial conexión con sus particulares condiciones socioeconómicas (Camino Vela, 2019; Rafart, 2019). Incluso, podría objetarse el análisis efectuado por C. H. Gervasoni, señalando que su evaluación crítica de determinados espacios subnacionales, en tanto pobres en su rendimiento de la dimensión republicana de la democracia, es más que objetable. Ello atento dicha evaluación crítica no parte de una concepción mínima, realista y pluralista de la democracia, sino desde una perspectiva enriquecida de la misma que valora la dimensión republicana. Aquí, lo criticable no sería emplear dicha concepción robusta, sino hacerlo solo en el plano político subnacional, utilizando en el plano político nacional, una concepción minimalista, agregativa, calificable como pluralista.

Más precisamente, desde una mirada compleja de la historia política reciente, consideramos que resultaría atractivo analizar las ventajas y desventajas normativas que, desde una concepción deliberativa republicana, ostentarían en general ciertos *sistemas federales subnacionales* como los norpatagónicos de La Pampa, Rio Negro y Neuquén, colocando especial énfasis en sus procesos de transición y consolidación democrática. Al respecto, y siendo que el *federalismo* como forma de gobierno no constituye el objeto de estudio principal del presente trabajo, es que aquí solamente esbozaremos algunas primeras aproximaciones sobre el tema. Por un lado, desde un enfoque republicano deliberativo que define a la libertad política como no dominación (Martí, 2006), podrían formularse serias objeciones a ciertas versiones de un sistema federal justificadas en una concepción democrática populista o bien en otra definida como democrática pluralista. En primer lugar, la crítica republicana señalaría que, en los sistemas federales construidos sobre una *concepción democrática populista*, el Estado Nacional impondría su voluntad política vertical e irreflexiva por sobre la de los estados subnacionales, generando así una clara situación de dominación política pública del Estado Nacional por sobre los estados provinciales.

En segundo lugar, la objeción republicana sostendría que, en los sistemas federales contruidos sobre una *concepción democrática pluralista*, el Estado Nacional operaría como mero árbitro en las negociaciones existentes entre los estados subnacionales, permitiendo así que los estados y gobiernos locales con mayor poder político, social y económico dominen a quienes arbitrariamente carezcan de dichos atributos. En síntesis, cabría afirmarse que dichas justificaciones populista y pluralista del sistema federal desincentivarían o imposibilitan el adecuado cumplimiento de los principios deliberativos republicanos de libertad política, legitimidad democrática y justicia social, generando así una situación política asimétrica entre el Estado Nacional y las provincias argentinas (González Bertomeu, 2008).

V. Conclusión

En el presente trabajo de investigación hemos esbozado cuatro presupuestos conceptuales y metodológicos constitutivos de una agenda investigativa en ciernes.

En primer lugar, nos hemos propuesto analizar las transiciones políticas norpatagónicas como un tópico inscripto en la línea general de investigación conocida como *historia política del pasado reciente*, lo cual nos ha convocado a trazar una periodización específica (1979-1983) y asumirnos como sujetos cognoscentes enmarcados en un enfoque teórico situado y multidisciplinario. Como hemos precisado el pasado reciente norpatagónico constituiría un constructo abierto permeado no solo por un pasado más remoto, como el relativo a su existencia como territorios nacionales (1884-1955) sino también por un presente mediato en el cual predomina una lectura pluralista de la democracia y una concepción negocial de federalismo. Ello nos ha convocado a buscar una visión más compleja de lo político. En otras palabras, hemos intentado trazar ciertos primeros puentes o conexiones de sentido entre actores, prácticas, concepciones actuales y otras recientemente pasadas (Pittaluga, 2017: 25). Así también, atendiendo a la vocación metodológica *multidisciplinaria* de esta novel perspectiva historiográfica hemos destacado la relevancia de los complejos procesos discursivos contruidos en dicho período y territorios, lo cual nos ha convocado a combinar herramientas reconstructivas y evaluativas propias de disciplinas tales como la ciencia política, la filosofía política y el análisis del discurso (Favaro y Iuorno, 2010).

En segundo lugar, en los atinente al *enfoque subnacional* adoptado, consideramos apropiado advertir que “(...) si bien los análisis sobre la reorganización democrática desde la escala provincial atraviesan por una etapa de creciente producción académica (...) es preciso profundizar los esquemas interpretativos e incluir las interacciones ocurridas en los espacios extracéntricos o periféricos para la mirada historiográfica nacional (...)” (Moroni, 2019: 14).

En tercer lugar, con relación al énfasis colocado en el *aspecto discursivo*, cabe señalar que la meta ha sido demostrar “(...) que no fueron los efectos de la derrota de la Guerra de Malvinas o las elecciones de 1983 los hechos que marcaron el inicio

de la transición (...)” (García, 2018: 114), sino aquellos procesos políticos discursivos más o menos exitosos trazados a partir de la paradójica apertura al diálogo propiciada desde 1980 por el gobierno castrense argentino (Olivares, 2019: 180-181).

En cuarto lugar, tal como anticipamos, defendimos una lectura ampliada o enriquecida de la idea de democracia representativa, la cual pretende ser superadora de una concepción pluralista o poliárquica de la misma (Dahl, 1997). Al respecto, siguiendo a los más destacados científicos y filósofos políticos que se han abocado al estudio de la transitología argentina (O’Donnell, 1993; Quiroga, 2008, Nino, 1992), empleamos una *concepción republicana deliberativa de la democracia*, la cual coloca el foco en los procesos públicos, abiertos y provisorios de justificación política que se producen entre ciudadanos y representantes (Martí, 2006). Aquí nuestra intención ha sido la de profundizar aquella dimensión republicana de la democracia defendida por G. O’Donnell y sus seguidores (Nogueira, 2012).

Ahora bien, ¿cuáles serían las hipótesis exploratorias posiblemente emergentes de aquellos cuatro presupuestos teóricos?

Al respecto, consideramos que la adecuada integración de la referida perspectiva historiográfica, enfoque subnacional, metodología discursiva y concepción normativa, nos permitiría justificar la prospección de las siguientes cuatro *hipótesis exploratorias*: a) la historia política del pasado reciente, específicamente atinente a las transiciones democráticas norpatagónicas, no podría desconocer las conflictivas consecuencias políticas generadas por la predominancia de una perspectiva discursiva obsesionada por una concepción democrática representativa empobrecida; b) el análisis multinivel o subnacional de los fenómenos políticos discursivos acaecidos durante la transitología norpatagónica no podría desatender a su específico pasado remoto como territorios nacionales el cual se desplegó desde 1884 hasta entrada la mitad del siglo XX, así como a la morfología estatal y gubernamental unitaria adoptada en el pasado reciente por la dictadura castrense vigente durante el período 1976-1983; c) tanto la historia política del pasado reciente, como la historia subnacional o regional, enfatizarían en la necesidad de otorgar un rol fundamental al aspecto político discursivo como variable decisiva y perspectiva metodológica apropiada para una adecuada reconstrucción intelectual y evaluación crítica de los referidos procesos transicionales norpatagónicos, rechazando con ello la adopción de una hipótesis transicional rupturista centrada exclusivamente en un fenómeno bélico (guerra de 1982) o bien electoral (sufragio de 1983); y d) el rol conceptual privilegiado otorgado por algunos investigadores en sus análisis a una concepción reduccionista y agregativa de democracia representativa definida como pluralista o poliárquica, constituiría un notable obstáculo para la adecuada comprensión de los complejos procesos de justicia humanitaria, política y social emergentes durante los gobiernos norpatagónicos constitucionales que asumieron sus mandatos a fines de 1983, generando con ello un enorme hiato entre los criterios empleados para la reconstrucción y evaluación de los procesos transicionales y aquellos otros implementados para el análisis de los procesos de consolidación democrática.

Finalmente, como ha señalado M. Ferrari, en el ámbito de los estudios subnacionales sobre la transición democrática norpatagónica, restan diversas tareas pendientes entre las cuales destaca la “(...) de hilvanar una lectura más compleja que cruce esas tramas provinciales en una interpretación de conjunto (...)” (Ferrari, 2016: 80). Esperamos que las teorizaciones e hipótesis exploratorias proyectadas en este trabajo contribuyan genuinamente a dicho complejo proceso de interpretación del pasado norpatagónico político reciente.

VI. Bibliografía

CAMINO VELA, F. y RAFART, G. (2014), “La Patagonia en la transición: el 83’y las tres décadas de democracia electoral”, *Revista de Historia*, N° 15, pp. 1-23.

CAMINO VELA, F. (2019), “Actores políticos partidarios de la transición democrática en Río Negro”, en MORONI, M., *Actores políticos y reorganización partidaria en la Patagonia (1980-1983)*, EdUNLPam, Santa Rosa, pp. 79-100.

CANELO, P. (2016), *La política secreta de la última dictadura argentina (1976-1983)*, Edhasa, Buenos Aires.

CHAMBERS, S. (2003), “Deliberative Democratic Theory”, *Annual Review of Political Science*, N° 6, pp. 307-326.

DAHL, R., (1997), *Democracy and Its critics*, New Haven, Yale U.P.

FAVARO, O. y CAO, H. (2005), “Los estados provinciales. Una conceptualización provisoria”, en *Sujetos sociales y políticas. Historia reciente de la Norpatagonia Argentina*, CEHEPYC, Buenos Aires, pp. 18-31.

FAVARO, O. y SCURI, M. C. (2005), “La trastienda de la Historia Regional”, en *Sujetos sociales y políticas. Historia reciente de la Norpatagonia Argentina*, CEHEPYC, Buenos Aires, pp. 9-17.

FAVARO, O. y IUORNO, G. (2010), *El arcón de la historia reciente en la Norpatagonia argentina. Articulaciones de poder, actores y espacios de conflicto (1983-2003)*, Biblos, Buenos Aires.

FELD, C. y FRANCO, M. (2014), *Democracia, hora cero. Actores, políticas y debates en los inicios de la posdictadura*, FCE, México D.F.

FERRARI, M. y GORDILLO, M. (2015), *La reconstrucción democrática en clave provincial*, ProHistoria, Rosario.

FERRARI, M. (2016) “Perspectivas subnacionales en historia reciente”, en MAURO, S, ORTIZ DE ROZAS, V. y PARATZ, M., (Comps.), *Política Subnacional en Argentina: enfoques y problemas*, UBA Sociales, Buenos Aires, pp. 67-82.

FRANCO, M., (2015), “La «transición a la democracia» en la Argentina frente a las cristalizaciones de la memoria”, *Revista Caravelle*, Vol. 104, pp. 115-131.

FRANCO, M., (2017), “La transición argentina como objeto historiográfico y como problema histórico”, *Ayer: Revista de Historia Contemporánea*, Vol. 107, N° 3, pp. 125-152.

GAMBAROTTA, E. (2017), "La multipartidaria y su división de lo político. Análisis del discurso de los partidos políticos en la transición a la democracia argentina", *PostData*, Vol. 22, N° 2, pp. 629-653.

GARCÍA, N. B. (2018), "Transición a la "neuquina" (1980-1983)", *Anuario del Centro de Estudios Históricos "Prof. Carlos S. A. Segreti"*, Año 18, N° 18, pp. 89-115.

GERVASONI, C. H. (2005), "Poliarquía a nivel sub-nacional. Aspectos conceptuales y normativos en el contexto de las democracias federales", *Colección*, N° 16, pp. 83-122.

GONZÁLEZ BERTOMEU, J. F. (2008), "Notas sobre federalismo", en Gargarella, R. (Coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo I: Democracia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 439-485.

GUARIGLIA, O. (2017), *Democracia, república, oligarquía. Origen, concepto y prospectiva de unos regímenes en constante mutación*, Edhasa, Buenos Aires,

LEONI, M. S. (2014), "Treinta años de historiografía política regional", en *PolHis*, Año 6, N° 12, pp. 46-53.

LÓPEZ ROZAS, J. R. (1996), *Historia Constitucional Argentina*, Astrea, Buenos Aires.

MARTÍ J. L. (2006), *La República Deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Barcelona.

MAURO, S, ORTIZ DE ROZAS, V. y PARATZ, M. (Comps.), (2016), *Política Subnacional en Argentina: enfoques y problemas*, UBA Sociales, Buenos Aires.

MORONI, M. (2019), "Dinámica política y actores partidarios en los últimos años de la dictadura en La Pampa (1980-1983)", en MORONI, M., *Actores políticos y reorganización partidaria en la Patagonia (1980-1983)*, EdUNLPam, Santa Rosa, pp. 21-41.

MORONI, M. (2020), "Derivas subnacionales de la Multipartidaria: activación política y consensos sociales en la transición a la democracia (La Pampa, Argentina, 1981-1983)", *Tempo & Argumento*, Vol. 12, N° 29, pp. 1-20.

NINO, C. S. (1992), *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires.

NINO, C. S. (1997), *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.

NOGUEIRA, M. E. (2012), "Ciencia y profecía: autoritarismo, democracia y Estado en tres textos de Guillermo O'Donnell", *Temas y Debates*, Año 16, N° 24, pp. 181-191.

NOVARO, M. (2011), "Decisionismo transicional y programático en Argentina y América Latina", *Revista Diálogo Político*, Año XXVIII, N° 2, pp. 201-226.

O'DONNELL, G. (1993) "Estado, democratización y ciudadanía", en *Revista Nueva Sociedad*, N° 128.

O'DONNELL, G., (2009), *El Estado burocrático autoritario*, Prometeo, Buenos Aires.

O'DONNELL, G. (2011), *Modernización y autoritarismo*, Prometeo, Buenos Aires.

OLIVARES, N. E. (2019), "Discursos políticos en pugna en la transición a la democracia en La Pampa", en MORONI, M., *Actores políticos y reorganización partidaria en la Patagonia (1980-1983)*, EdUNLPam, Santa Rosa, pp. 161-186.

ORTIZ DE ROZAS, V. (2016), "La democracia argentina en clave subnacional: nuevos objetos de estudio e interpretaciones sobre el Estado, los partidos políticos y las elites políticas" En MAURO, S, ORTIZ DE ROZAS, V. y PARATZ, M., (Comps.), *Política Subnacional en Argentina: enfoques y problemas*, UBA Sociales, Buenos Aires, pp. 33-54.

PETTIT, P. (2012), *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge.

PITTALUGA, R. (2017), "Ideas (preliminares) sobre la «historia reciente»", *Ayer*, Vol. 107, N° 3, pp. 21-45.

QUIROGA, H. (2008), "Los vaivenes de la democracia argentina", *Cuadernos de Estudios Latino-Americanos*, N° 6, pp. 53-89.

RAFART, G. (2019), "Neuquén y su transición (1980-1983)", en MORONI, M., *Actores políticos y reorganización partidaria en la Patagonia (1980-1983)*, EdUNLPam, Santa Rosa, pp. 101-124.

REIGADAS, M. C. (2009), "El debate de la post-transición democrática en América Latina. Política expresiva, neopopulismo y calidad institucional", en WESTER, JUTTA y PÉREZ ZAVALA, C. (Eds.), *Homenaje a Dorando Michelini*, ICALA, Río Cuarto, pp. 247-272.

REISIGL, M. (2017), "The Discourse-Historical Approach", en FLOWERDEW, J. y RICHARDSON, J.E. *The Routledge Handbook of Critical Discourse Studies*, Routledge, Londres, pp. 44-59.

RODRIGO, C. (2016) "¿Qué es la política nacional?". en MAURO, S, ORTIZ DE ROZAS, V. y PARATZ, M., (Comps.), *Política Subnacional en Argentina: enfoques y problemas*, UBA Sociales, Buenos Aires, pp. 55-66.

ROSLER, A. (2016), *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Katz, Buenos Aires.

SKINNER, Q. (2008), *Hobbes and Republican Liberty*, Cambridge U. P., Cambridge.

SMITH, M. (1997), "El pluralismo", en MARSH, D. y STOKER, G. (Eds.), *Teoría y Métodos de la Ciencia Política*, Alianza Editorial, Madrid, pp. 217-234.

VAN DIJK, T. A. (1999), "El análisis crítico del discurso", en *Anthropos*, N°186, pp. 23-36.

VAN DIJK, T. A. (2002), "El análisis crítico del discurso y el pensamiento social", en *Athenea Digital*, N° 1, pp. 18-24.

VAN DIJK, T. A. (2009), *Discurso y Poder*, Gedisa, Barcelona.

WODAK, R. Y REISIGL, M. (2009), "The discourse-historical approach (DHA)", en WODAK, R. Y MEYER M., *Methods for Critical Discourse Analysis*, Sage, Londres, pp. 87-121.

LA POLÍTICA CONSERVADORA FRENTE A LA AMPLIACIÓN DEMOCRÁTICA DEL CONGRESO ARGENTINO: AVANCES Y ANQUILOSAMIENTO ANTE LA REFORMA ELECTORAL DE 1912*

CONSERVATIVE POLITICS IN THE FACE OF THE DEMOCRATIC EXPANSION OF THE ARGENTINE CONGRESS: ADVANCES AND STAGNATION IN THE FACE OF THE ELECTORAL REFORM OF 1912

César D. Baena **

Resumen: En el análisis sobre la aplicación de la ley Sáenz Peña, durante la segunda década del siglo XX en Argentina, resulta pertinente atender dos aspectos que revisten especial importancia desde el punto de vista de la ampliación democrática: a) el contexto jurídico e histórico del sistema bicameral, con el Senado como eje de la reticencia a las políticas planteadas por la transición; y b) las modificaciones efectuadas al sistema electoral aplicable a la designación de diputados nacionales. Se observa de esta manera una limitación inicial de la reforma, la cual parte no sólo del esquema constitucional -el cual define la composición de la Cámara Alta- sino también en lo acotado del nuevo sistema en su configuración de la democracia pluralista. En este sentido, la consigna de dar lugar a “terceros partidos”, *i.e.* a alternativas parlamentarias por fuera del conservadurismo y del radicalismo, quedará altamente restringida no sólo en los términos del proyecto de Indalecio Gómez, sino también en la práctica institucional que sobrevendrá a la asunción de Yrigoyen como presidente.

Palabras-clave: Régimen oligárquico - Congreso argentino - Ley Sáenz Peña - Sistema constitucional - Sistemas electorales.

Abstract: In the analysis of the application of the Saenz Peña Act, during the second decade of the 20th century in Argentina, it is pertinent to address two aspects that are of special importance from the point of view of democratic expansion: a) the legal and historical context of the bicameral system, with the Senate as the axis of reluctance to the policies proposed by the transition; and

* Trabajo recibido el 15 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 11 de octubre del mismo año.

** Abogado (Universidad Nacional de Córdoba) y Master in Global Rule of Law and Constitutional Democracy (Università degli Studi di Genova). Director del proyecto “Constitución y gobierno democrático: aspectos críticos del diseño institucional argentino” (Universidad Siglo 21). Docente de Derecho Público Provincial y Municipal y de Derecho Procesal Público (Universidad Siglo 21).

b) the modifications conducted to the electoral system applicable to the designation of national deputies. A congenital limitation of the reform is observed this way, which part not only of the Constitutional scheme - which defines the composition of the Senate - but also in the narrowness of the new system in its configuration of the pluralistic democracy. In this sense, the slogan to give rise to "third parties", i.e., to parliamentary alternatives by outside the conservatism and of the radicalism, will be restricted not only in the terms of the project of Indalecio Gomez, but also actually institutional praxis that will happen with the assumption of Yrigoyen like president.

Keywords: Oligarchical regime - Argentine Congress - Saenz Peña Law - Constitutional system - Electoral systems.

Sumario: I. Introducción. II. La impronta del régimen oligárquico ante la aplicación de la ley Sáenz Peña. III. El Senado como un reaseguro constitucionalizado: razones federales y motivos políticos. IV. La ley 8871 y la democratización posible. IV.1. La pluralidad partidaria en la Cámara de Diputados. IV.2. El voto restringido y la fragmentación democrática. V. Conclusión.

I. Introducción

Este trabajo plantea un análisis de los principales indicadores de ampliación democrática alcanzados con la aplicación de la ley Sáenz Peña desde 1916, a partir de una especial atención en la modificación del sistema aplicable a la elección de diputados nacionales¹. Este objetivo implica considerar las condiciones en que dicha reforma influye sobre la lógica bicameral, sobre todo al existir pautas constitucionales más específicas para la integración del Senado nacional. En efecto, la Cámara Alta ha sido abiertamente concebida a partir de una forma de conservadurismo político, incluso por la doctrina publicista dominante en esta etapa. Como reconoce la historiografía, el período histórico analizado se encuentra especialmente precedido por la consolidación del llamado "pacto de dominación oligárquica", cuyo destino habría quedado políticamente expuesto en oportunidad de discutirse la reforma electoral de 1912. En este marco, corresponde examinar en qué medida el nuevo paradigma democratizador habría quedado condicionado por el "antiguo régimen", particularmente a la luz de la dinámica institucional desarrollada durante el primer gobierno radical.

Si bien la discusión de la ley Sáenz Peña y la ampliación de la democracia a nivel electoral sensibilizaron las estructuras de poder previas, resulta plausible advertir la subsistencia de una red de vínculos políticos, económicos y culturales legitimados en gran parte a la luz de la sanción de la Carta Magna y su reforma de 1860. De allí que la estructura del Senado se haya mantenido inmune a las reformas

(1) Nuestro análisis se centra en los efectos de la aplicación a partir de 1916, si bien la ley 8871, aprobada y promulgada en febrero de 1912, rigió en los comicios legislativos de ese año y los de 1914.

de la ley 8871. También podría señalarse que la propia reforma política instada por el presidente Sáenz Peña se apoya en criterios altamente restrictivos del pluralismo parlamentario, que terminarán gravitando sobre la transición democrática. Concretamente, la nueva regulación del sistema electoral de la Cámara de Diputados plantea una lógica excluyente del llamado “tercer partido”, reservando sólo a un gobierno del reformismo democrático un lugar en la contienda contra el conservadurismo conformando una forma de “inmunidad” al pacto oligárquico.

En el apartado que sigue (II) se analizará la correlación entre determinados componentes del régimen conservador y la organización del Congreso establecida en la letra constitucional originaria; a través de la configuración del bicameralismo legislativo. Hecho esto, se buscará identificar el efecto de la lógica conservadora a poco de instrumentarse la transición democrática con las primeras aplicaciones de la ley 8871. El apartado III repasará las características del Senado como ala del Poder Legislativo que asume una función de reaseguro del régimen oligárquico, es decir, de la subsistencia de ciertos factores de permanencia de la política conservadora. En el apartado IV se examinará, en dos partes, el rol institucional de la Cámara de Diputados, teniendo en cuenta especialmente la reforma de su sistema electoral por la ley de 1912. En primer lugar, se analizarán los fundamentos del mecanismo de voto restringido y la controversia que éste suscita oportunamente desde el oficialismo y entre los diversos partidos de la oposición. Seguidamente se explorará la posibilidad de que el nuevo sistema aplicable haya ofrecido obstáculos a la ampliación democrática, entendida ésta en su aptitud de consolidar un sistema de partidos competitivo.

II. La impronta del régimen oligárquico ante la aplicación de la ley Sáenz Peña

Corrientemente se piensa que la llegada de Yrigoyen a la presidencia en 1916 implicó el *summum* de la realización de la ley 8871 -“la ley del sufragio universal, secreto y obligatorio”- en la práctica política argentina. Aun sin producir una mutación drástica de la forma de gobierno, la reforma proporciona ciertas condiciones para la democracia pluralista. Permite, en definitiva, el acceso de un partido con representación popular, como la Unión Cívica Radical, al ejercicio del Poder Ejecutivo Nacional. Efectivamente, el “espíritu presidencialista” propio de la tradición política argentina -el mismo que antecede a la Constitución de 1853- podía entonces ser encarnado e interpretado por un sector nuevo del espectro socio-político². El Congreso mostraría, como no lo había hecho hasta entonces, una potencialidad particular para la interacción republicana. Es importante en este sentido advertir la solvencia de la estructura parlamentaria para hacer frente a esta coyuntura. Por lo pronto es útil considerar que el programa reformista del primer gobierno radical

(2) Sobre la concepción de un “Ejecutivo fuerte” en la Constitución de 1853, cfr. GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A. *Doctrina constitucional*, J. Lajouane & Cía., Buenos Aires, 1928, pp. 82-83.

se vio notoriamente obstaculizado por las mayorías conservadoras en el Senado de la Nación, a pesar de haber obtenido ya en 1918 la mayoría en la “Cámara Baja”. Esta circunstancia ha sido denominada el “reaseguro oligárquico” en el Senado³.

El reaseguro que tiene operatividad a partir de 1916 había sido concebido para servir a un contexto sensiblemente distinto respecto de la política oligárquica. Allí gravita el proceso concluido a nivel nacional en 1880 y que tiene como corolarios la federalización de la Ciudad de Buenos Aires y la asunción de Julio Argentino Roca como presidente. Más específicamente, se trata del pasaje de la disputa mutua entre los dominios provinciales (luchas inter-oligárquicas) a “una situación de confluencia en una única estructura de dominio que se expande y es reconocida como tal en todo el espacio geográfico social del país”⁴. La lucha inter-oligárquica pasa a ser, en todo caso, intra-oligárquica.

Ya entre 1910 y 1912, la coyuntura plantea atender el asunto de la inclusión política y, en definitiva, el de la legitimación de ese mismo régimen surgido tres décadas antes. La nueva concepción del régimen representativo comienza a colisionar con el modo conservador de hacer la política. En particular, la dinámica parlamentaria reconstruida a partir de la puesta en vigencia de la ley Sáenz Peña comienza a ser ambivalente. La Cámara Baja se vuelve pasible de la apertura democrática -con los límites que más adelante atenderemos-, mientras el Senado *conserva* en su seno una parte notoria de la dirigencia de notables del período oligárquico.

Expresa Waldo Ansaldi: “[e]l radicalismo -y en particular el yrigoyenismo durante el sexenio 1916-1922- gobernó en un contexto caracterizado por una ambigüedad, por una institucionalización perversa del conflicto político-social: en efecto, el Poder Ejecutivo fue controlado por una fuerza democrática con una fuerte base popular urbana, mientras el Poder Legislativo tenía una composición caracterizada por la mayoría democrática (a partir de 1918) en la Cámara de Diputados y la mayoría oligárquica, con poder de veto, en la Cámara de Senadores. Por primera vez, las relaciones entre ambos poderes expresaban fuerzas sociales y políticas diferentes, incluso contradictorias”⁵.

Para comprender la dimensión institucional de este “poder de veto” del Senado, conviene remitirse al alcance que, en efecto, tiene la estructura bicameral establecida por la Carta Magna para el Congreso argentino. La doctrina constitucional ha expresado que el status jurídico de las cámaras es igualitario, aunque no simétrico:

(3) ANSALDI, Waldo. “La trunca transición del régimen oligárquico al régimen democrático”, en FALCÓN, Ricardo (Dir.), *Nueva historia argentina*. Tomo 6. *Democracia, conflicto social y renovación de ideas (1916-1930)*, 2000, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2000, pp. 26-27.

(4) ANSALDI, Waldo. “¿Clase social o categoría política? Una propuesta para conceptualizar el término oligarquía en América Latina”, *Anales, Nueva Época*, Nros. 7/8, Instituto Iberoamericano, Universidad de Göteborg, 2004/2005, p. 163.

(5) ANSALDI, Waldo. “La trunca transición del régimen oligárquico al régimen democrático”, ob. cit., p. 25.

Que es igualitario significa que tienen la misma valencia y que -en general- deben actuar ambos para que la voluntad del órgano -cuanto menos en materia legislativa- se manifieste. Que no es simétrico significa (...) que tienen distinta integración, disímil representatividad, diferente competencia sobre algunos temas y aun roles decisionales diferenciados para los proyectos de ley en razón de erigirse en Cámara de origen o revisora⁶.

En este sentido, y más allá del referido poder concreto para vetar los proyectos legislativos, la Cámara Alta ha sido también ponderada por el constituyente al conferirle atribuciones propias de un “consejo de estado”, básicamente referidas a su intervención en los nombramientos de relevancia institucional efectuados por el Ejecutivo. Aquí sobresale el trámite de designación de magistrados -incluyendo los ministros de la Corte Suprema- cuyos vínculos con el régimen oligárquico no serán tratados aquí, aunque bien se pueda llamar la atención sobre su natural predisposición contra-mayoritaria dentro de la lógica democrático-republicana. De acuerdo con Gargarella, la idea de contra-mayoritarismo hace referencia aquí al efecto de freno y contrapeso que poseen determinados órganos del sistema republicano, relativamente minoritarios en comparación con otros a los cuales se les adjudica, más directamente, representatividad democrática -también asociada con la idea de “credenciales democráticas”-⁷. En este marco, por ejemplo, es sólo el Senado el órgano que, de acuerdo con el mismo texto constitucional de 1853, presta acuerdo a los nombramientos de jueces federales efectuados por el presidente.

III. El Senado como un reaseguro constitucionalizado: razones federales y motivos políticos

Las respectivas composiciones del Senado y de la Cámara de Diputados no obedecen sólo a criterios de representatividad diversos, en el marco de las relaciones de participación⁸ establecidas de acuerdo a la forma de Estado federal de la Constitución. También pueden ser entendidas a partir de su sensibilidad para hacerse eco del escenario de dominación vigente en la etapa inicial del régimen constitucional argentino. La integración de la “Cámara alta” es, en rigor, la que ha sido constitucionalizada desde 1853, mientras que la de la Cámara de Diputados ha sido regulada en la Carta Magna en sus aspectos más generales, siendo el diseño más específico

(6) ROSATTI, Horacio. *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 251.

(7) GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC), Quito, 2012.

(8) En el llamado “concierto federal”, las relaciones de participación pueden ser definidas como aquellas que “se traducen en la potestad reconocida a los centros de poder autónomo [las provincias y la Ciudad de Buenos Aires] para intervenir en la adopción de ciertas decisiones que se imputan al Estado federal y que son adoptadas por el gobierno nacional”. BADENI, Gregorio. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2006, pp. 332-333.

de su sistema electoral encomendado a la legislación del Congreso. Esta situación normativa puede contribuir, como veremos, en situar el ya aludido pasaje de un contexto nacional de luchas interoligárquicas a un estado de lucha intraoligárquica.

Pero antes de avanzar sobre esta suerte de mutación oligárquica, conviene repasar el primer aspecto mencionado, i. e. el de la representatividad que se ha querido establecer a partir de la letra constitucional. La particular disposición del Congreso, en este caso, parte de una consigna fundamental: la participación legislativa debe desdoblarse lo necesario como para dar cabida tanto a la representación del “pueblo de la Nación”, como a la de las entidades federadas -las provincias-. Se trata de una manifestación de la preocupación por la “cuestión federal”, la cual atraviesa todo el período patrio pre-constitucional, caracterizado por la dicotomía unitarismo-federalismo. El propio Alberdi, contando con el antecedente concreto del Congreso estadounidense, teoriza sobre este aspecto, considerando que el Congreso bicameral será uno de los elementos centrales de lo que él denomina un “gobierno mixto”. Sostiene el abogado tucumano: *“La ejecución del sistema mixto que proponemos será realizable por la división del cuerpo legislativo en dos cámaras: una destinada a representar a las provincias en su soberanía local, debiendo su elección, en según grado a las legislaturas provinciales, que deben ser conservadas; y otra que, debiendo su elección al pueblo de toda la República, represente a éste, sin consideración a localidades, y como si todas las provincias formasen un solo Estado argentino. En la primera Cámara serán iguales las Provincias, teniendo cada una igual número de representantes en la legislatura general; en la segunda estarán representadas según el censo de la población, y naturalmente serán desiguales. (...) Así tendremos un Congreso general, formado de dos cámaras, que será el eco de las Provincias y el eco de la Nación”*⁹.

En los escritos de *El Federalista*, Hamilton y Madison ya habían considerado el asunto de la integración igualitaria de los estados parte en el Gobierno federal de los Estados Unidos, pero haciendo mucho más hincapié en dos aspectos puntuales: a) el rol moderador del Senado -por su carácter reducido y las calidades de sus miembros- frente a la “furia democrática” de la Cámara de Representantes y; b) la posición de aquella Cámara como mejor garante de los intereses de los más ricos del país¹⁰. En 1853, el artículo 32 de la nueva Constitución sancionada establece: *“[u]n Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación, y otra de Senadores de las provincias y de la Capital, será investido del Poder Legislativo de la Confederación”*. Esta cláusula rectora del sistema legislativo constitucional, si bien con mínimas modificaciones textuales, no será ya objeto de alteraciones en su espíritu. A ella complementa el artículo 42 de la Constitución -también según el texto de 1853-¹¹ que

(9) ALBERDI, Juan B. *Bases y puntos de partida para la organización política de la República argentina*, Eamp, Buenos Aires, 2010, pp. 75-76.

(10) HAMILTON, Alexander, MADISON, James y JAY, John. *El Federalista* [trad. de Gustavo R. Velasco], Fondo de Cultura Económica, México, 2014, p. 263.

(11) Con la reforma de 1860, dicha cláusula pasa a estar contenida en el artículo 46.

establece la elección indirecta de los senadores, a instancia de las Legislaturas de cada provincia y a simple pluralidad de sufragios, modalidad cuya vigencia subsistirá hasta la Reforma de 1994¹². Distinto es el caso de la Cámara de Diputados, para la cual se acuerda el voto directo del pueblo y la base proporcional para designar la cantidad de diputados por provincia y la Capital, pero sin precisar el sistema electoral¹³, lo que luego será hecho operativo por la legislación infra-constitucional¹⁴. Queda excluir de un análisis comparativo riguroso el caso de los senadores de la Capital, los cuales -a tenor de la propia Constitución- son designados conforme al sistema de elección del presidente y vicepresidente de la Nación.

El Senado queda caracterizado entonces por tres condiciones particularmente notorias: a) la igualdad representativa de los poderes locales de la federación; b) la designación indirecta de los senadores por parte de las provincias, a través de sus respectivas legislaturas y; c) el extensísimo período de mandato que era asequible a los senadores, en comparación con otros cargos electivos de nivel nacional, y en comparación con los cargos provinciales más importantes. Todas ellas se hallan entrelazadas en el seno de la concepción de un federalismo equidistante respecto de los intereses políticos predominantes, por entonces, a lo largo y a lo ancho del territorio argentino¹⁵. Por ello, es preciso repasar la base empírica sobre la que dicho ideario sería llevado a cabo.

Si se entiende que el Senado es una institución que concretiza el “pacto federal”, debe advertirse que ella no funcionó siempre como un mecanismo infalible. La extendida utilización del mecanismo de la intervención federal demuestra que las soluciones constitucionales pueden llegar a colisionar entre sí. Probablemente,

(12) Con la excepción del período de vigencia de la Constitución de 1949 y de la Reforma *de facto* de 1972 -la denominada *Enmienda Lanusse-*, las cuales preveían el voto directo de los senadores y de la fórmula presidencial.

(13) El artículo 33 de la Constitución Nacional de 1853 reza: “La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias y de la Capital, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado, y a simple pluralidad de sufragios en razón de uno por cada veinte mil habitantes, o de una fracción que no baje del número de diez mil”. La base proporcional aquí referida es modificada por la Reforma constitucional de 1898, elevándose en razón de un diputado por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos (véase: artículo 37, Constitución Nacional según Reforma de 1898).

(14) Desde la Constitución de 1853 se prevé que, en caso de vacante, la elección del miembro sustituto deberá ser efectuada a instancia del Gobierno de la provincia respectiva. Dicha cláusula se halla vigente en la actualidad (artículo 51, Constitución Nacional). No obstante, dicha norma carece de virtualidad práctica a la luz del sistema de suplencias establecido por la legislación electoral aplicable.

(15) No obstante, la gravitación económica y cultural que tiene por entonces cada provincia no es simétrica. Siguiendo a Ansaldi, dicha desigualdad está proyectada en “los criterios de designación del número de diputados, en los cuales el quantum demográfico tiende a coincidir con poderío económico y/o político”. Cfr. ANSALDI, Waldo. “¿Clase social o categoría política? Una propuesta para conceptualizar el término oligarquía en América Latina”, *ob. cit.*, p. 164.

la Cámara Alta no haya podido cumplir lo suficiente con su función de servir de foro de mediación entre las provincias y la Nación.

Corresponde, por lo tanto, indagar acerca de cuáles fueron las relaciones que el sistema –bajo la dualidad político-institucional– permitía. Está claro que dicho sistema tiene, para la práctica política, un origen normativo, i. e. el dado por el Constituyente en 1853 y 1860. Pero la “fórmula alberdiana”, como ha llamado Natalio R. Botana al conjunto de valores programáticos plasmados en el momento constitucional para el ordenamiento político de la Nación y afincados en torno a la fuerte figura presidencial, puede comenzar a materializarse recién desde 1880¹⁶.

Quizás resulte vano intentar separar lo que en realidad puede parecer complementario, es decir, el programa teórico o normativo y la expresión histórica del proceso político. Lo importante en este caso es no desatender la específica relación que existe entre la configuración senatorial y los hechos concretos: aquella es una estructura con particulares resguardos constitucionales que, como tales, no quedan abiertos al juicio discrecional de la dirigencia y de la coyuntura. Reaseguro es, entonces, impermeabilidad del régimen establecido en la Ley Suprema. De hecho, la pretensión de reformar la Constitución supuso la necesidad del enfrentamiento armado interno en el caso de la enmienda de 1860, pero no ocurrió lo mismo para llegar a la reforma –por cierto puntual, de los artículos 4 y 67 inciso 1º– de la Carta Magna en 1866. En nuestra opinión, la propia redefinición oligárquica de 1880 prescindió de la reforma constitucional precisamente porque la estructura normativa constitucional habilitaba sin mayores sobresaltos cumplir con el nuevo *status quo*.

Por el sistema electoral del que depende, el cargo senatorial reenvía casi automáticamente a la verificación de las relaciones del mandatario con la dirigencia local, en particular con el gobernador de provincia. En este marco se ha discutido la real autonomía de los gobernadores respecto del presidente. Se remarca, en primer lugar, la estrechez del mandato ejecutivo local –el cual en ningún caso supera los cuatro años– en comparación con la duración del cargo ejecutivo federal –seis años–. No se desconoce en cuanto a los gobernadores que, entre 1860 y la primera presidencia de Roca ostentan un incontrovertible poder de veto en la elección presidencial, pero se resalta también que desde 1880 este poder es sustituido por un rol de mero agente del gobierno federal. Estas observaciones no obstan al reconocimiento del poder fáctico del gobernador al interior de la política provincial, el cual se traduce –por un lado– en su influencia para nombrar a los legisladores provinciales y nacionales y los electores presidenciales y en su capacidad para reservarse, a la postre, una banca en el Senado –por el otro–¹⁷. Para muchos, la gobernación significaba el inicio

(16) BOTANA, Natalio R. *El orden conservador. La política argentina entre 1880 y 1916*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1998, p. 11.

(17) *Ibidem*, pp. 103-107.

de una “carrera nacional” y una base concreta de expectativas para acercarse al núcleo decisorio del orden federal¹⁸.

El Senado tenía la particularidad de ofrecer un mandato de nueve años, con posibilidad legal de reelección indefinida. De esta manera se contabilizan períodos efectivos continuos que han llegado a los veinticuatro años de duración, como es el caso de los senadores E. Mendoza -por la provincia de San Luis- y D. T. Pérez -por la provincia de Jujuy-¹⁹. En sí mismo, el mandato natural permitido por la Constitución a los senadores superaba ampliamente al del presidente -seis años-, al de los gobernadores -como se dijo, generalmente tres y cuatro años. y, en particular, el de los pares legisladores de la Cámara Baja -cuatro años-.

Finalmente, del hecho de advertir la llegada de los gobernadores, y también de quienes ya habían sido presidentes -como Mitre, Avellaneda, Roca y Pellegrini-, para ocupar escaños en la Cámara Alta se desprende que ésta funcionaba como un vaso comunicante de las diversas expresiones oligárquicas. Esto lleva a concebir el mecanismo de elección indirecta de los senadores como un modo más de aportar un respaldo jurídico al régimen.

IV. La ley 8871 y la democratización posible

IV.1. La pluralidad partidaria en la Cámara de Diputados

El análisis de la reforma política de 1912 puede abordarse desde una multiplicidad de perspectivas, varias de ellas muy oportunas en el marco del inicio de la transición entre el régimen conservador y la política de la ampliación de los derechos políticos. Mas nos parece especialmente relevante, para la línea que venimos abordando acerca del particular rol del Poder Legislativo, acercarnos a la discusión y posterior aplicación del sistema cuya regulación la Constitución dejó librada al Congreso respecto de la Cámara de Diputados. La ley 8871 se debate, no sólo en torno de la ampliación efectiva del sufragio, sino también respecto del papel que habrá de dársele a la designación de los miembros de la Cámara Baja, incluso a la hora de combatir aquellos males que han sido identificados por el oficialismo como especialmente dañosos para la práctica electoral. En los términos de Indalecio Gómez, ministro del interior y principal defensor del proyecto elevado por Roque Sáenz Peña, preocupan especialmente la abstención de los votantes, la maniobra fraudulenta y “la venalidad que hace perder la conciencia de ciudadano al elector”²⁰.

(18) Ibidem, pp. 112-113.

(19) Ibidem, p. 114.

(20) GÓMEZ, Indalecio. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación*, año 1911, tomo II.

Corresponde entonces examinar el sistema de voto restringido o limitado, que es el que finalmente establece el artículo 55 de la ley 8871 para la elección de diputados nacionales, electores de senadores por la Capital y electores de presidente y vicepresidente. Este mecanismo implica que cada elector sólo podrá votar por las dos terceras partes del número de escaños a elegir, de modo similar al sistema de lista incompleta -actualmente vigente a nivel nacional para la elección de senadores- con la diferencia de que “se declaran triunfantes los candidatos que han obtenido mayor cantidad de sufragios, cualesquiera que sean las listas en que esos candidatos figuren”²¹.

Para el presidente Roque Sáenz Peña y el ministro Indalecio Gómez, la defensa del voto restringido está sostenida en la llamada “concepción genética”, i. e. el augurio de que un sistema de partidos políticos competitivos surgirá de mano de la reforma. Tanto la obligatoriedad del voto, como el nuevo sistema de asignación de bancas en la Cámara Baja están encaminados a resolver los problemas electorales y la ausencia de partidos programáticos de nivel nacional²².

En este marco, no demoran en alzarse duras críticas contra la propuesta de la lista incompleta. Por un lado, por parte de quienes defienden el sistema de lista completa -i. e., los candidatos que alcanzan la simple pluralidad se quedan con todos los cargos a elegir-, como Marco Avellaneda, quien alega que la lista incompleta es violatoria de la igualdad, pues atiende incluir sólo a una minoría, sin tener en cuenta a las demás²³. Al respecto, el ministro Gómez considera que es menester evitar la representación del “tercer partido” y que no debe haber espacio para la “pululación anárquica de caudillos locales carentes de un compromiso nacional”²⁴. Por otro lado, no falta espacio para la defensa categórica del sistema proporcional -representación repartida de los cargos, a los fines de dar lugar a las “segundas minorías”-. El socialismo, por caso, asume una actitud de parte interesada en este sentido, ya que Alfredo Palacios se encarga de remarcar que la política del centenario no está construida sobre una lógica bipartidista. Llega incluso a temer respecto de la desaparición de la representación de su propio partido en el Parlamento²⁵.

(21) Ley N° 8871, artículo 57.

(22) ANSALDI, Waldo. “Crear al sufragante: la universalización masculina de la ciudadanía política en la Argentina. La reforma electoral de 1912”, *Anales* (Instituto Iberoamericano, Universidad de Göteborg), N° 2, 1999, p. 12.

(23) *Ibidem*, p. 11.

(24) ROSATTI, Horacio. *Tratado de Derecho Constitucional*, ob. cit., Tomo I, p. 612.

(25) PALACIOS, Alfredo. *La Nación*, 22 de agosto de 1911, cit. en ANSALDI, cit., 1999, p. 14. No obstante, debe tenerse en cuenta que la posición de Indalecio Gómez se basaba también en considerar inconstitucional la representación proporcional alcanzada por un sistema electoral de cociente que, en este sentido, es reputado como contrario a la “simple pluralidad de sufragios” establecida por el entonces artículo 37 de la Constitución. Cfr. GONZÁLEZ CALDERÓN, Juan A. *Doctrina constitucional*, J. Lajouane & Cía., Buenos Aires, 1928, p. 247.

La concepción genética incluye un proyecto catalizador del pluralismo partidario competitivo, pero ciertamente acotado: un pluralismo moderado y limitado, en términos de Sartori. Un sistema que se encuentra asegurado respecto del bipartidismo, pero también de la proliferación de partidos temida por el ministro Gómez²⁶. Su aplicación real parece haber ido más allá en términos restrictivos. Una vez Yrigoyen en el poder, se reconoce que la lista incompleta pasa a servir al gobierno de forma eficiente, pero así mismo favorece el bipartidismo, en contra de los indicios señalados por sectores tales como el del socialismo²⁷.

IV.2. *El voto restringido y la fragmentación democrática*

De acuerdo a los estudios efectuados acerca del rol del Congreso durante los primeros años yrigoyenistas, resulta que el conservadurismo afincado en las bancas senatoriales habría ofrecido una oposición patente al reformismo impulsado desde el Poder Ejecutivo. Como hemos venido observando, las prescripciones constitucionales favorecían a la resistencia y al acuerdo oligárquico en el Senado, incluso habiendo logrado el oficialismo la mayoría absoluta en Diputados. La aprobación del presupuesto es uno de los supuestos más representativos de conflictividad, pues se constituye en un instrumento -legislativo- decisivo para la acción de gobierno. En palabras de Ansaldi: “[l]a práctica contubernista -que los conservadores desarrollaban con eficacia- contribuía a complicar el accionar parlamentario de las fuerzas políticas antioligárquicas, dividiendo a éstas y diluyendo la eficacia del Parlamento como ámbito en el cual dirimir, conforme a reglas, las diferencias, las coincidencias, los acuerdos y hasta las fracturas”²⁸.

En el seno de la Cámara Baja, la apertura democrática también se ve obstaculizada. Si bien no puede advertirse un reaseguro conservador de una manera tan contundente o inmediata como en el Senado, el conservadurismo logra ubicarse como primera oposición a pesar de ver cedida su cantidad de bancas propias a favor del oficialismo. A su vez, esto significa una pérdida notoria de bancas para el demo-progresismo, partido que para 1917 secunda al radicalismo, pero que entre 1918 y 1919 se ubica en tercer lugar, sin llegar a retener siquiera la mitad de diputados con respecto al bloque conservador. Una vez ubicados por detrás de los conservadores, demócratas progresistas y socialistas mantienen sus bancas de manera constante. En todo caso, las brechas entre dichas fuerzas opositores habrán de acotarse -con

(26) Como explica Sartori, un sistema de pluralismo moderado nunca presenta más de seis partidos relevantes. Cfr. SARTORI, Giovanni. *Parties and party system. A framework from analysis*, ECPR Press, Colchester, 2005.

(27) PERSELLO, Ana V. “Los gobiernos radicales. Debate institucional y práctica política”, en Falcón, Ricardo (Dir.), *Nueva historia argentina*. Tomo 6. *Democracia, conflicto social y renovación de ideas (1916-1930)*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 2000, p. 77.

(28) ANSALDI, Waldo. “La trunca transición del régimen oligárquico al régimen democrático”, cit., p. 27.

más, con menos- ante el incremento de los escaños del oficialismo. Finalmente, en 1928 se divide el bloque socialista y pierde su representación el demoprogresismo²⁹.

De acuerdo con este escenario, podemos hablar de una “fragmentación democrática” que, en términos políticos, responde a una rearticulación de los intereses partidarios, mostrando al no-conservadurismo enfrentado en temas puntuales, muchos de ellos vinculados a aspectos centrales de la democracia partidaria, orgánica y pluralista. La oposición democrática pasa a estar integrada, no sólo por el socialismo y la democracia progresista, sino también por la disidencia existente en el interior del radicalismo, incluso antes de su formalización, pues ésta última se llevó cabo recién en 1926. Los motivos de enfrentamiento de la oposición no-conservadora y el oficialismo variarán circunstancialmente, pudiendo citarse en el plano institucional las intervenciones federales, la aprobación de diplomas de determinados legisladores e incluso la actitud reticente de Yrigoyen para cumplir con la apertura del año legislativo. Pero la cuestión que más sobresale es la suscitada a partir de las intenciones de esta oposición por conseguir la reforma del sistema electoral.

En 1921 se presentó en Diputados el primer proyecto dirigido a modificar el sistema de lista incompleta. Fue firmado por seis socialistas y cuatro radicales, entre ellos Rodolfo Arnedo, quien ratificaría su iniciativa en 1922. Seguramente, puede pensarse en muchas facetas con las cuales identificar las disputas entre los partidos de tradición democrática en términos sustantivos y también en relación a aquello que significa la apertura a la democracia misma. Pero ninguna de estas disputas es tan importante para el reformismo posterior a la ley Sáenz Peña como aquella que versa sobre los alcances reales del pluralismo partidario y parlamentario.

También conviene repasar determinados planteos de la oposición en los que se cuestiona el respeto yrigoyenista por la división de poderes, de los cuales se podría reconocer cierta solidez de los llamados de atención del conservadurismo al respecto. Pero estos llamados de atención deben ser también analizados en el marco de una tensión bipolar que, difícilmente, pueda haber permitido un rol de “relevancia” -en uso de la nomenclatura de análisis del sistema de partidos- a bloques como el de la social-democracia o el socialismo. Tomemos como ejemplo de esta contienda bipolar el pedido de juicio político al presidente, instado en 1919 por el diputado Matías Sánchez Sorondo. La acusación es ilustrativa de la tensión existente entre radicalismo y conservadurismo, pues está motivada en la disposición de gastos hechos por el Ejecutivo -por una suma equivalente a “cuarenta millones de pesos, moneda nacional” - sin la autorización del Congreso³⁰. En los términos de una mirada republicana, el reproche puede ser dimensionado sin mayor dificultad,

(29) PERSELLO, Ana V. “Los gobiernos radicales. Debate institucional y práctica política”, cit., p. 74.

(30) Por lo tanto, en violación del artículo 67, inciso 7 de la Constitución. Cfr. PERSELLO, Ana V. “Los gobiernos radicales. Debate institucional y práctica política”, cit., p. 81.

máxime si se le adhieren críticas basadas en otras características del primer gobierno radical, tales como las quince intervenciones federales establecidas por decreto sin intervención del Parlamento. Pero en cuanto a una contextualización pluralista, la acusación no escapa de la contienda yrigoyenismo-conservadurismo y de la lógica del veto oligárquico ya señalada. De hecho, el propio segmento conservador contaba en el Senado con los votos necesarios para paralizar cualquier iniciativa de gastos de la administración radical.

V. Conclusión

El trayecto efectuado evidencia que, con la aplicación de la ley Sáenz Peña, la Cámara de Diputados experimenta una permeabilidad respecto de la voluntad popular que comienza a apoyar al primer gobierno radical. Por su parte, el Senado -que por razones de normatividad constitucional no ha sido sensible a la reforma política de 1912 respecto de su composición- se aferra en su conservadurismo, generando una problemática resistencia a las políticas yrigoyenistas. Desde otro punto de vista, la reforma constitucional, a los fines de replantear el modo de composición general del Congreso, se muestra imposible desde esta lógica institucional. La enmienda debiera haber sido autorizada a través de la declaración respectiva -conforme al artículo ³⁰ de la Constitución Nacional- con la natural intervención del Senado -bien como cámara de origen, bien como cámara revisora-.

Por otro lado, resultaría razonable argüir que, frente a la creciente dominación del radicalismo sobre la Cámara de Diputados, el reformismo yrigoyenista -en el marco de su relación adversarial con el conservadurismo- encontraba sólo como obstáculo el veto oligárquico en el Senado, asegurándose en todos los casos la “media sanción” de los proyectos legislativos. Pero consideramos que esta circunstancia no debiera ser valorada sólo en estos términos. Es preciso también centrarse en las condiciones del nuevo sistema de partidos. Como se ha observado, se pasó de un sistema de partido predominante a uno de pluralismo limitado. La fuerza gobernante, si bien conceptualmente democrática, no deja de ser representativa de una burguesía que, a la vez, marca el rumbo y la tesitura de su particular reformismo. Su característica impronta política -e incluso de clase- la llevó a escindirse del resto de los movimientos democratizadores. Así, se concibió una disputa conservadurismo-democracia, pero sólo bajo una sola versión de esta última, versión que, por cierto, sería reinterpretada por el radicalismo anti-personalista que seguiría al gobierno de Yrigoyen. El pluralismo del voto restringido concebido en la ley 8871 es, entonces, el propio límite de un arco político-institucional capaz de generar una alternativa a las prácticas oligárquicas que se desenvuelven con más amplitud, y *de iure*, en el Senado.

**REFLEXIONES DE LA CORTE
INTERAMERICANA SOBRE EL AMPARO
COLECTIVO ARGENTINO:
CASO ASOCIACIÓN COMUNIDADES
ABORÍGENES “LHAKA HONHAT”***

*REFLECTIONS OF THE INTER-AMERICAN COURT
ON THE ARGENTINE COLLECTIVE PROTECTION:
ABORIGINAL COMMUNITIES ASSOCIATION
“LHAKA HONHAT” CASE*

*Matías Dante Berardo***

Resumen: Por primera vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sentencia de fecha 6 de febrero de 2020, analiza la acción de amparo colectivo argentina en el caso: Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (Comunidades Indígenas). Resulta novedoso el caso al pronunciarse el organismo regional sobre dos acciones de amparo colectivo en el derecho interno, que tratan temas centrales de admisibilidad regulados en el artículo 43 de la Constitución Nacional y los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como son el acceso a la justicia, la vía judicial idónea, la arbitrariedad e ilegalidad manifiestas, y la garantía del plazo razonable.

Palabras-clave: Corte Interamericana de Derechos - Amparo colectivo - Vía judicial idónea - Plazo razonable.

Abstract: For the first time, the Inter-American Court of Human Rights with a judgment dated February 6, 2020, analyzes the Argentine collective amparo action in the case: Indigenous Communities members of the Lhaka Honhat Association (Our Land) vs. Argentina (Indigenous Communities). The case

* Trabajo recibido el 3 de junio de 2021 y aprobado para su publicación el 9 de septiembre del mismo año.

** Abogado (Universidad Nacional de Córdoba/UNC - Argentina). Doctorando en Derechos y Ciencias Sociales (UNC). Profesor Derecho Procesal Constitucional (UNC). Tutor a distancia de Derecho Administrativo en las carreras Licenciatura en Gestión de la Seguridad y Licenciatura en Seguridad (Universidad Blas Pascal - Argentina). Especialista en Derechos Procesal Constitucional (UBP). Profesor Derecho Constitucional (UNC). Profesor de la asignatura opcional Proceso de Amparo (UNC). Tutor a distancia de Derecho Administrativo en las carreras Licenciatura en Gestión de la Seguridad y Licenciatura en Seguridad (Universidad Blas Pascal - Argentina). Especialista en Derechos Procesal Constitucional (UBP). Email: matidante_berardo@unc.edu.ar

is novel. The regional body pronounces on two collective protection actions in domestic law, which deal with central issues of admissibility regulated in Article 43 of the National Constitution and Articles 8 and 25 of the American Convention on Human Rights, considering among other issues the access to justice, the appropriate judicial means, arbitrariness and manifest illegality, and the guarantee of a reasonable time.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights - Collective Amparo - Appropriate judicial means - Reasonable term.

Sumario: I. Introducción. II. El amparo colectivo en Argentina. III. Hechos del caso Comunidades Indígenas en sede nacional. IV. Proceso de amparo en oposición a la construcción del puente internacional. V. Acción de amparo solicitando las inconstitucionalidades del Decreto 461/99 y la Resolución 423/99. VI. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. VII. Consideraciones finales: Implicancias del fallo de la Corte IDH en el amparo colectivo nacional. VIII. Bibliografía.

I. Introducción

En el presente artículo, se realiza un estudio del caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el día 6 de febrero de 2020 en: *Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina (Comunidades Indígena)*.

Los procedimientos judiciales refieren a dos acciones de amparo colectivas en Argentina, producto del conflicto entre Comunidades Indígenas y la Provincia de Salta: la primera del año 1995 por la construcción del puente internacional, y la otra, referente al proceso judicial atacando la constitucionalidad del Decreto 461/99 y la Resolución 423/99.

Ambos litigios para agotar los recursos en sede local tuvieron pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), que luego fueron resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en contra de Argentina.

Del análisis de lo resuelto por la Corte IDH con resultados disímiles de rechazo y admisión a las denuncias iniciadas por la Asociación Lhaka Honhat, se pueden extraer conclusiones parciales del amparo colectivo regulado en el artículo 43 de la Constitución Nacional como es el acceso a la justicia, la vía judicial idónea, la arbitrariedad e ilegalidad manifiesta, y la garantía del plazo razonable

II. El Amparo Colectivo en Argentina

La República Argentina en la reforma constitucional del año 1994 protege al medio ambiente en los nuevos derechos y garantías¹, de usuarios y consumidores,

(1) Aunque con anterioridad la C.S.J.N. lo había reconocido como una garantía implícita del artículo 33 Constitución Nacional (“Kattan, Alberto c/ Poder Ejecutivo” de la Nación, sentencia de

a la no discriminación, y demás derechos de incidencia colectiva. Lo hace en los nuevos artículos 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional, teniendo reconocimiento en normas específicas como ley federal 16986, y en el artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional, el que establece que corresponde al Congreso reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos de la Nación.

La problemática de los procesos colectivos tiene gran actualidad en el ambiente del derecho nacional debido a la ausencia de una normativa que unifique el procedimiento y los conceptos, lo que ha sido advertido por la jurisprudencia (principalmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Acordadas 32/2014 y 12/2016), para buscar que se armonicen los intereses del bien jurídico protegido y el ordenamiento jurídico procesal vigente.

En tal sentido, los doctrinarios Augusto Morello y Claudia Sbar (2007:129) plantean que: “(...) la defensa de los derechos colectivos asume hoy día una gran trascendencia tanto en el proceso administrativo como en el proceso civil y comercial”.

Para iniciar judicialmente un proceso de amparo colectivo en Argentina, el afectado que pretenda proteger sus derechos por vía del proceso constitucional, al momento de interponer la demanda debe verificar como requisitos de admisibilidad la manifiesta arbitrariedad o ilegalidad, que no se necesiten medios de prueba para su acreditación, o que los mismos sean de sencilla y rápida producción en un contexto de debate acotado, para que la causa no se encuentre comprendida en el inciso c del artículo 2 de la ley 16986, que establece la inadmisibilidad cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba.

III. Hechos del caso comunidades indígenas en sede nacional

Desde del retorno de la democracia argentina en el año 1983, las comunidades indígenas pertenecientes a los pueblos Wichí (Mataco), Iyjwaja (Chorote), Komlek (Toba), Niwackle (Chulupí) y Tapy'y (Tapiete) de la Provincia de Salta reclaman la propiedad de los lotes fiscales 14 y 55, que en conjunto abarcan un área aproximada de 643.000 hectáreas (ha).

El conflicto tiene su origen en que las tierras han sido ocupadas por personas criollas a partir de inicios del siglo XX para actividades principalmente de ganadería, que se contraponen a los intereses de las comunidades indígenas que utilizan los recursos naturales escasos para su supervivencia.

En tal contexto, el 15 de diciembre de 1991, el Gobierno provincial dicta el Decreto 2609/91 que estableció la obligación de la Provincia de Salta de unificar los lotes 14 y 55 y adjudicar una superficie sin subdivisiones, mediante título único de propiedad a las comunidades indígenas.

fecha 10/05/1983.)

Un año después, en diciembre de 1992, se conformó formalmente la “Asociación de Comunidades Aborígenes ‘Lhaka Honhat’”, integrada por personas de distintas comunidades indígenas, con la finalidad, entre otras, de obtener el título de propiedad de las tierras.

En 1993 el Estado creó una “Comisión Asesora”, que en el año 1995 recomendó asignar dos terceras partes de la superficie de los lotes 14 y 55 a comunidades indígenas, lo que fue aceptado.

Sin embargo, el Gobierno Salta en el año 1995 construyó un puente internacional, que con posterioridad fue ocupado pacíficamente por comunidades indígenas, generando la primera acción de amparo el 11 de septiembre de 1995 contra la Provincia de Salta ante la Corte de Justicia provincial.

El entonces Gobernador de Salta se comprometió a emitir un Decreto que asegurara la adjudicación definitiva de la tierra. El puente fue finalizado en 1996 sin que previamente se desarrollara un proceso de consulta con las comunidades indígenas.

Posteriormente en 1999, por medio del Decreto 461/99 y la Resolución 423/99, el Estado realizó adjudicaciones de fracciones del lote 55, otorgando parcelas a algunas comunidades e individuos allí asentados.

En 2007 la Corte de Justicia de Salta, a partir de una acción de amparo presentada por Lhaka Honhat en marzo de 2000, y luego de un Recurso Extraordinario Federal ante la CSJN, resolvió dejar sin efecto el Decreto 461 y la Resolución 423.

En diciembre de 2000, la Provincia presentó una propuesta de adjudicación del lote 55, previendo la entrega de fracciones a cada comunidad. Esto fue rechazado por Lhaka Honhat porque el ofrecimiento no contemplaba el lote 14 ni la unidad del territorio, entre otros motivos.

Durante los años siguientes, agentes estatales realizaron algunas tareas en el terreno, como mensuras y amojonamiento, pero no hubo avances en definiciones sobre la propiedad de la tierra.

El 23 de octubre de 2005, la provincia de Salta realizó un referéndum, en que los electores del Departamento Rivadavia fueron consultados sobre si era su voluntad “que se entreguen las tierras correspondientes a los lotes 55 y 14 a sus actuales ocupantes”. El “Sí” obtuvo el 98% de votos.

En una reunión de 14 de marzo de 2006 entre Lhaka Honhat y representantes de Salta, se acordó que correspondía reconocer a los pueblos indígenas 400.000 ha dentro de los lotes 14 y 55, en un título único. Al respecto, las comunidades indígenas redujeron su reclamo, que antes era de 530.000 ha. El mismo acuerdo fue alcanzado en octubre de 2007 entre Lhaka Honhat y la Organización de Familias Criollas. En el último mes indicado, Salta dictó el Decreto 2786/07, refrendando lo anterior.

En octubre de 2008, Salta creó un “equipo técnico” integrado por la Unidad Ejecutora Provincial, que había sido creada en 2005 para ejecutar tareas relacionadas

con la distribución de la tierra de los lotes señalados. En los años siguientes, hubo acciones y reuniones tendentes a lograr acuerdos entre comunidades indígenas y familias criollas sobre la adjudicación territorial.

El 25 de julio de 2012, Salta emitió el Decreto 2398/12, el cual dispuso “asignar, con destino a su posterior adjudicación”, 243.000 ha de los lotes 14 y 55 para las familias criollas y 400.000 ha para las comunidades indígenas, “en propiedad comunitaria y bajo la modalidad de título que cada una de ellas determine”. El 29 de mayo de 2014, Salta emitió el Decreto 1498/14 mediante el cual reconocía y transfería la “propiedad comunitaria” a favor de 71 comunidades indígenas, de aproximadamente 400.000 ha de los lotes 14 y 55, y la “propiedad en condominio” de los mismos lotes a favor de múltiples familias criollas. El mismo decreto prevé que, a través de la UEP, se concreten los actos y trámites necesarios para la “determinación específica” del territorio y lotes que correspondan a comunidades indígenas y familias criollas.

Pese a lo anterior, la implementación de acciones relacionadas con el territorio indígena no ha concluido y sólo pocas familias criollas fueron trasladadas.

En el territorio reclamado, por otra parte, se han desarrollado actividades de tala, y las familias criollas desarrollan la ganadería e instalan alambrados. Esto ha generado una merma de recursos forestales y de biodiversidad. Lo anterior afectó la forma en que tradicionalmente las comunidades indígenas procuraban su acceso a agua y alimentos.

IV. Proceso de amparo en oposición a la construcción del puente internacional

En 1995 comenzó en la Provincia de Salta la construcción del puente internacional Misión La Paz - Pozo Hondo (Paraguay), con el aval del Poder Ejecutivo Nacional, en el marco de una serie de obras de infraestructura dentro del proyecto de integración de Argentina al MERCOSUR, que se asienta sobre el territorio reclamado por las Comunidades Indígenas.

Ante tal situación, con fecha 11 de septiembre de 1995, la Asociación Lhaka Honhat inicia una acción de amparo contra el Gobierno salteño ante la Corte de Justicia de Salta.

Igualmente, solicita mediante una medida cautelar de “no innovar” que se suspendan las obras de construcción del puente internacional, así como cualquier obra de construcción, urbanización o actos de alteración de la reserva Misión La Paz y/o de los lotes fiscales 55 y 14, fundando su pretensión en varias normas y especialmente los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la Constitución Nacional con la reforma de 1994.

La Corte provincial rechaza la medida provisoria el 8 de noviembre de 1995, y no hace lugar a la pretensión de los amparistas el día 29 de abril de 1996, argumen-

tando que el asunto requería mayor debate y amplitud de prueba que la fijada por la vía rápida del amparo, y que carecía de ilegitimidad o arbitrariedad. Existiendo en juego intereses sociales económicos que fueron determinantes de tales obras, los actos se muestran como carentes de ilegitimidad o arbitrariedad manifiesta, lo que por sí impide el progreso de la acción interpuesta, dado que la dilucidación de esta cuestión exige un mayor debate y amplitud de prueba impropios del juicio expeditivo y rápido.

La construcción del puente finalizó a comienzos del año 1996, continuando con la edificación de rutas y de obras de urbanización. Los días 25 de agosto y 16 de septiembre de 1996 personas indígenas ocuparon el puente pacíficamente.

El 14 de mayo de 1996 la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó el Recurso Extraordinario Federal interpuesto por las Comunidades Indígenas, generando la presentación de un recurso de queja, que fue rechazado el 10 de diciembre de 1997, por entender que no se atacaba una sentencia definitiva.

V. Acción de amparo solicitando las inconstitucionalidades del decreto 461/99 y la resolución 423/99

En el año 1999 la Provincia de Salta comienza un proceso de parcelaciones individuales, que tuvo como primer antecedente la Resolución 423/99 de fecha 2 de noviembre de 1999 de la Secretaría General de la Gobernación de la Provincia, mediante una publicación de edictos para emplazar por 15 días, a todas las personas que se considerasen con derechos sobre terrenos del lote 55, puesto que se harían algunas adjudicaciones de tierras a habitantes relevados.

Al mes siguiente, se dictan el Decreto 461/99, donde el Gobierno de Salta realiza las adjudicaciones de parcelas dentro del lote 55, a tres personas y cinco comunidades indígenas.

Esta situación genera la oposición de Asociación Lhaka Honhat, que deriva en la presentación de un recurso administrativo, que fue rechazado, y luego el 8 de marzo de 2000 una acción de amparo, a fin de obtener la suspensión de los efectos y la declaración de inconstitucionalidad de la Resolución N° 423/99 y del Decreto N° 461/99 por vulnerar los artículos 14, 17, 18 y 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, y el artículo 15 de la Constitución Provincial.

Con motivo de publicación en el Diario El Tribuno de la noticia de que el Poder Ejecutivo Provincial había entregado el día 4 de abril de 2000, las escrituras traslativas de dominio de las fracciones del lote fiscal N° 55 contempladas en el Decreto N° 461, las Comunidades Indígenas solicitaron dentro de la acción de amparo que, con carácter previo a la resolución definitiva, se ordene al Poder Ejecutivo la suspensión de todos los actos y efectos que se deriven de los decretos cuestionados.

La Corte de Justicia de Salta el 15 de noviembre de 2000, rechazó la acción de amparo interpuesta por los peticionarios, al no verificarse una concreta lesión de los derechos invocados, ni ilegitimidad manifiesta.

Luego el amparista interpone un Recurso Extraordinario Federal que fue denegado, presentando un recurso de queja directo², que fue acogido con el argumento que la sentencia provincial carecía de fundamentos suficientes, porque los ocupantes a quienes se convocaba no habían sido notificados debidamente, y porque la citación por edictos no se ajustaba a los requisitos legales. Dispuso que la justicia provincial adoptase una nueva decisión.

Finalmente, la Corte Provincial en 2007³ deja sin efecto el Decreto 461/99, señalando: *“no se verifica que, en autos, se haya cumplido acabadamente con el objetivo primordial de la notificación, que consiste tanto en otorgar al acto administrativo eficacia y estabilidad, como así también su fehaciente puesta en conocimiento del administrado a fin de asegurarle la posibilidad de impugnación (...). (F)ue dictado sin que el proceso anterior cumpliera la ‘salvaguarda de los derechos fundamentales de los pobladores aborígenes’ pues se había ‘impedido (...) que estos tuvieran la adecuada oportunidad de hacer conocer sus opiniones en defensa de los derechos que esgrimen sobre las tierras’”*.

VI. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH mediante sentencia de fecha 6 de febrero de 2020, en el párrafo 290, se pronuncia sobre los procesos judiciales de Amparo y Acción Declarativa de Inconstitucionalidad, que se refieren a la violación de los derechos a las garantías y protección judiciales en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos respecto a acciones judiciales presentadas por Lhaka Honhat.

Los representantes de las Comunidades Indígena sostuvieron: la violación a las garantías judiciales y al derecho a la protección judicial, establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención, dada la falta de idoneidad y efectividad de los recursos disponibles para la salvaguarda de los derechos de las comunidades indígenas cuando éstos se encontraban amenazados o habían sido violados. Adujeron distintas situaciones en las que, según sostuvieron, hubo “completa (...) ineffectividad”, en alusión al “devenir judicial” relacionado con: a) la construcción por la Provincia de Salta del puente internacional en 1995, b) la realización de adjudicaciones parciales de terrenos en diciembre de 1999.

De manera genérica, en el párrafo 292, argumenta: conforme a lo que reconocieron los propios “peticionarios”, éstos tuvieron acceso a los remedios judiciales

(2) CSJN, “Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta”, Recurso de Hecho, A.182.XXXVII, Sentencia del 27 de diciembre de 2005.

(3) Corte Suprema de Salta, Causa “Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat vs. Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta”, Sentencia del 8 de mayo de 2007.

legalmente previstos, obteniendo en un caso una sentencia favorable a su pretensión. En concordancia con esto, indicó que no se puede invocar violación a los artículos citados, ya que a lo largo de estos años las comunidades indígenas han tenido la posibilidad de recurrir a la justicia provincial, nacional e internacional.

Las dos acciones de amparo iniciadas en sede interna por las Comunidades Indígenas en contra de la Provincia de Salta, tuvieron resoluciones dispares ante el organismo regional, que pueden resumirse de la siguiente manera:

a) Acción de amparo respecto a la construcción del puente internacional

La Corte de Costa Rica, rechaza el pedido de las Comunidades Indígenas por la violación a la protección judicial o a las garantías judiciales durante el trámite del amparo en sede interna.

Funda su posición, argumentando que debe examinarse conforme a si existió, en el caso concreto, una posibilidad real de acceso a la justicia y a si se han respetado las garantías del debido proceso. La Corte observa que el amparo intentado no causó el resultado esperado por Lhaka Honhat, pero eso no demuestra por sí solo que el Estado no haya proveído acciones judiciales adecuadas y efectivas (párrafo 289).

Apoya lo resuelto por los Tribunales argentinos que deniegan la acción amparo por considerar que no era la vía judicial idónea y no constituir una sentencia definitiva. La CJS entendió que la acción no era procedente, y que la pretensión planteada requería otra vía judicial. Luego la CSJN entendió que, al no cuestionarse una sentencia definitiva, no procedía el recurso intentado ante ella. La decisión de la CJS indicó que la vía procesal intentada por Lhaka Honhat no era la correspondiente. No han sido presentados a la Corte Interamericana argumentos sobre la inexistencia de otras vías judiciales o sobre su ineffectividad. Por eso, este Tribunal no puede entender que el rechazo del amparo implicara la negación del derecho a la protección judicial. Además, la decisión de la CSJN se basó en aspectos procesales de admisibilidad del recurso extraordinario, propios del sistema jurídico argentino, y la Corte Interamericana no tiene elementos para considerar que ello sea contrario a la Convención (párrafo 290).

b) Acciones sobre el Decreto 461/99 y la Resolución 423/99

Contrariamente a lo resuelto en el primer caso, la Corte Interamericana hace lugar a lo pedido por la Asociación Lhaka Honhat por la violación al artículo 8.1 de la Convención referido al plazo razonable: *“(E)ste Tribunal nota que en total el proceso judicial demoró cerca de siete años. En particular, desde que la CSJN ordenó dictar a la justicia provincial una sentencia, transcurrieron alrededor de 3 años. La Corte Interamericana no advierte justificación para esta demora de tres años y el Estado no ha presentado explicaciones al respecto (párrafo 302).*

VII. Consideraciones finales: implicancias del fallo de la Corte IDH en el amparo colectivo nacional

Del análisis contencioso de la causa judicial en sede interna y antes los organismos interamericanos de protección de los Derechos Humanos, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1) La protección del acceso a la justicia de una Asociación no significa una sentencia favorable

El Estado argentino cumple con el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos al permitir que las Comunidades Indígenas tuvieran la posibilidad real de acceso a la justicia, respetando las garantías del debido proceso, mediante la presentación de acciones de amparo colectivas en ambos casos.

Se le otorga, legitimación activa a Lhaka Honhat en su carácter de Asociación, a pesar que actualmente el sistema legal argentino no cuenta con una ley que disponga el registro, requisitos y formas de organización para interponer acciones de amparo en defensa de los derechos de incidencia colectiva, quedando librado al arbitrio judicial.

La Corte Suprema de Justicia afirma que: *“(...) los jueces podrán reconocer la misma a favor de entidades suficientemente representativas para la defensa de los derechos colectivos afectados, pues de lo contrario quedaría frustrada -caso de inconstitucionalidad por omisión, materia del amparo- la decisión de brindar efectiva protección a dichos derechos. La jurisprudencia ha admitido la legitimación activa de estas asociaciones a pesar de la falta de sanción de la ley complementaria que reglamente los requisitos de inscripción de ellas”⁴.*

Para resolver el fondo del asunto, en el caso concreto por la construcción del puente internacional en el año 1995, la acción de amparo para la Justicia argentina, no resultaba la vía judicial idónea, a diferencia de lo resuelto en el juicio sobre el Decreto 461/99 y la Resolución 423/99, donde el proceso constitucional fue efectivo.

En sede interna, el Superior Tribunal de Salta rechaza el amparo sobre la construcción del puente, argumentando la falta de ilegitimidad o arbitrariedad manifiesta del amparo colectivo, y que es necesario un mayor debate y amplitud de prueba.

Conforme lo reseñado, no debe confundirse el acceso a la justicia que tuvieron los afectados para poder hacer los planteos judiciales de los artículos 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica con la ineficacia en el resultado final por no ser la vía del amparo el medio judicial idóneo por el mayor ámbito de debate y prueba que requería el caso del puente internacional. Sin embargo, el amparo fue efectivo para declarar la inconstitucionalidad del Decreto 461/99 y la Resolución 423/99.

(4) CS, “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica c/ Provincia de Buenos Aires”, abril 22-997.

2) *El amparo colectivo no era la vía judicial idónea*

En el derecho interno la doctrina ha dado un muy interesante y reflexivo debate en punto a la interpretación de la fórmula constitucional del artículo 43 Constitución Nacional: “siempre que no exista un medio judicial más idóneo” y su compatibilidad o no con lo prescripto por el inciso a del artículo 2° ley amparo, que establece la inadmisibilidad de la acción de amparo cuando: a) existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección constitucional del derecho o garantía constitucional de que se trate.

Las interpretaciones doctrinarias sobre el punto no han sido coincidentes, se encuentran dividida en dos posiciones, quienes consideran al amparo como una vía de carácter subsidiario y excepcional y otra que entiende que se trata de una vía normalmente no subsidiaria.

Así, para la primera postura la normativa legal del amparo se mantiene y resulta conforme con la fórmula constitucional y para la segunda postura dicho texto legal resulta inconstitucional o ha sido abolida o se produjo una superación normativa. En esta segunda posición las opiniones de los autores pueden engendrar una nueva subclasificación atento a los matices que se advierten al respecto.

Se inclinan por la postura de que la acción de amparo es subsidiaria autores como Sagüés (2007) y Badeni (2010), entre otros. Por su parte, entienden que el amparo es una vía normalmente no subsidiaria, doctrinarios como Rivas (1996), Morello (1996), Palacios (1995), Gozaíni (2002), Bidart Campos (1998), y Gelli (2003).

Los parámetros para concretar el test de idoneidad del amparo, siguiendo los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y doctrinarios son: a) El desplazamiento de la vía del amparo no es postulable en abstracto; b) la carga de la alegación y demostración de la inidoneidad de la vía del amparo es una obligación de la parte demandada y no del amparista; c) la otra vía debe tener mayor aptitud; d) obligación del Tribunal de indicar cuál es la vía que considera más idónea; e) la vía particularmente pertinente o imprescindible para la defensa de los derechos; f) la interpretación a favor de la admisibilidad del amparo.

En el caso Comunidades Indígenas, el Superior Tribunal de Salta rechaza el amparo por la Construcción del puente internacional, debido a que para acreditar la ilegitimidad o arbitrariedad se requiere un mayor debate y amplitud de prueba que la fijada por la vía rápida del amparo.

Otro punto a tener en cuenta, es que, ante la Corte Interamericana, las Comunidades Indígenas en el primer caso no han demostrado la inexistencia de otras vías judiciales o su ineffectividad para resolver la cuestión.

Conforme el rechazo del amparo en los tribunales nacionales e internacionales la vía del amparo nacional requiere relevar en la praxis jurídica elementos a tener en cuenta. Así se destaca la relevancia de las constancias existentes en la causa, las

pruebas acompañadas, la complejidad del asunto, los valores en juego, la existencia de otros procesos judiciales para resolver el asunto, y demás cuestiones que deban ser evaluadas a fin de evitar un análisis ritual de la idoneidad de la vía del amparo.

3) La arbitrariedad e ilegalidad manifiesta tiene estrecha relación con la vía judicial del amparo

La primera parte del inciso c del artículo 2 de la ley 16986 establece la inadmisibilidad de la acción de amparo cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba.

Se trata de una causal de inadmisibilidad que tiene como fuente el fallo del caso “Kot”, cuando expresa que no corresponde: *“Decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponde resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios”* (Fallos 241:291).

Esta causal postula el desplazamiento de la vía del amparo cuando se plantean acciones que presenten situaciones de complejidad fáctica o de complejidad normativa o axiológica. La complejidad fáctica se refiere a aquellas que exigen una mayor amplitud de prueba que la permitida en la breve tramitación que impone el proceso sumario de amparo. La complejidad normativa o axiológica se refiere a aquellas cuestiones jurídicas que, para ser invalidadas, exigen un mayor debate, porque se tratan de cuestiones opinables o que provocan dudas exegéticas graves. La Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma: *“Es inadmisibile cuando las cuestiones planteadas como fundamento del carril elegido son opinables o discutibles”* (Fallos 281:394; 297:65; 310:622), o *“cuando no media arbitrariedad e ilegalidad manifiesta y la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate y prueba”* (Fallos 296:527; 305:1878; 306:788).

La complejidad probatoria del caso de la construcción del puente con el amparo presentado, fue advertida por el Superior Tribunal de Salta, que fundamenta el rechazo en la falta de ilegitimidad o arbitrariedad manifiesta, y que es necesario un mayor debate y amplitud de prueba.

4) El excesivo tiempo de duración en el amparo nacional viola la garantía del plazo razonable

El artículo 43 Constitución Nacional y la ley federal 16986 regulan normativamente un procedimiento de amparo con carácter expedito y rápido, Rivas (1995:8) afirma que “expedita” es una virtud del amparo según la nueva Constitución, a la que se une la rapidez que no puede ser sino del trámite ulterior, en tanto que el primer calificante hace a la posibilidad de iniciación.

En tal sentido, los procesos de amparo en Argentina deben ser resueltos y finalizados de manera rápida, sin embargo, desde el inicio del proceso con la presentación de la demanda hasta la sentencia, se suceden diversas etapas procesales que,

dependiendo de la complejidad del caso, pueden llegar a generar procedimientos que se prolonguen por años, afectando el plazo razonable.

Específicamente, en la causa Asociación Lhaka Honhat, hace lugar el amparo colectivo presentado en contra del Decreto 461/99 y la Resolución 423/99, por la violación del plazo razonable en el artículo 8.1 de la Convención Americana.

El tiempo irrazonable de siete años que llevó la totalidad del proceso interno de la acción de amparo en sus distintas vías recursivas, sumado a la falta de explicaciones por parte del Estado Nacional por las demoras, hacen procedente la petición de los afectados.

Para analizar la violación al plazo razonable, los organismos internacionales europeos y americanos, han optado por seguir la tesis “*indeterminada*” que fija criterios que deben ser aplicados en el caso concreto, sin dar una definición o plazo preestablecido de duración.

Así la Corte IDH en el caso Genie Lacayo⁵ al tratar el artículo 8.1 Convención Americana, considera tres criterios: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales.

Luego, en el año 2008 con el fallo Valle Jaramillo⁶ en el que declaró la violación por el Estado de Colombia del derecho a que la solución judicial de una controversia se produzca en tiempo razonable, agrega un cuarto nuevo requisito: afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en él, con el aporte del voto razonado de Sergio García Ramírez.

Sin embargo, en el caso Comunidades Indígenas, la Corte Interamericana toma como antecedente el caso Bayarri⁷, que sostiene que la excesiva demora sin justificativo es suficiente como fundamento, sin analizar otros tipos de criterios. La Corte ha considerado que, en vista de “un retardo notorio del proceso (...) carente de explicación razonada”, no se hace “necesario realizar el análisis de los distintos criterios de evaluación del tiempo insumido” (párrafo 300).

Es decir, que el organismo regional cuando señala en una acción de amparo que se excede notoriamente del plazo de duración razonable, no es necesario analizar los cuatro criterios fijados por su propia jurisprudencia, sino que basta el tiempo efectivo que dura el proceso judicial para condenar al Estado.

(5) Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C Número 30.

(6) Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C número 192.

(7) Caso Bayarri vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre de 2008, Serie C, No. 187.

VIII. Bibliografía

AYALA CORAO, Carlos (2012): *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Colección de Estudios Jurídicos N° 98, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

BADENI, Gregorio (2010): *Tratado de derecho constitucional*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, Tomo III.

BARONE, Lorenzo (2019): *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. ¿Desmitificando la sumisión internacional?*, Universidad Blas Pascal, Editorial Advocatus, Córdoba.

BARRERA BUTELER, Guillermo y otros (2019): *Derecho Constitucional, Cuadernos de estudio, Cátedra C*; 3ra. Edición, Editorial Advocatus, Córdoba.

BIANCHI, Alberto: *Alcances actuales de la competencia originaria de la Corte Suprema*, Cita Online: 0003/013540.

BIDART CAMPOS, Germán J. (1998): *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, Tomo II.

EKMEKDJIAN, Miguel (1997): *Manual de la Constitución Argentina*, Ediciones Depalma, 3º edición actualizada, Buenos Aires.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo - PELAYO MÖLLER, Carlos María (2014): *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Konrad Adenauer Stiftung, México.

FIX ZAMUDIO, Héctor (2004): "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones Latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Latinoamericana de Derecho*, Año I, N°. 1, México D.F.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo (2016): "El control de convencionalidad y sus problemas", en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, Editorial Porrúa, México D.F.

GELLI María Angélica (2003): *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 2ª ed. ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires.

GELLI, María Angélica (2010): "El valor de la Jurisprudencia Internacional", *Revista La Ley*, 01/06/2010.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2017): *La Corte Suprema y un inexplicable retroceso en materia de Derechos Humanos*, Blog Under Constitucional, 14 de febrero de 2017.

GOZAÍNÍ, Osvaldo (2002): *Derecho procesal constitucional. Amparo*, Rubinzal Culzoni Editores Buenos Aires.

HARO, Ricardo y otros (2003): *Curso de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I, Editorial Advocatus, Córdoba.

HITTERS, Juan Carlos (2008): "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?", *La Ley*, 2008-E, 1169.

HITTERS, Juan Carlos (2009): "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación", *La Ley* -27/7/2009.

MARIANELLO, Patricio (2018): "La Formula Argentina en el cumplimiento de resoluciones internacionales", *La Ley* 2018-B, 1035, 24/04/2018.

MORELLO, Augusto Mario (1996): "El derrumbe del amparo", *E.D.* 18/4/1996.

MORELLO, Augusto Mario - SBDAR, Claudia B (2007): *Acción popular y procesos colectivos*, Lajouane, Buenos Aires.

NASH ROJAS, Claudio (2006): *La protección internacional de los Derechos Humanos. Seminario Internacional: El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales, Chile, 1 y 2 de febrero.*

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2004): "Sentencias de los tribunales constitucionales y sus efectos en América del Sur", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Proceso y Constitución, 2, julio-diciembre de 2004, Editorial Porrúa, México.

PALACIO, Lino (1995): "La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994", *LL* 1995-D-1240.

RIVAS, Adolfo A. (1995): "Pautas para el Nuevo Amparo Constitucional. Temas de Derecho Constitucional", *El Derecho*, 29 de junio de 1995.

RIVAS, Adolfo A. (1996): "Vigencia constitucional del amparo y derogación de la ley 16986", *J.A.* 1996-III-46.

ROSATTI, Horacio (2016): *Globalización, Convencionalidad, y Estatidad. Sobre el Margen de Apreciación Nacional en la aplicación de normas internacionales*, Academia Nacional de Derecho- 2016 (diciembre). Cita Online: AR/DOC/2524/2016.

SAGÜES, Néstor Pedro (1999): "Nuevamente sobre el valor, para jueces argentinos de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *JA* 1999-II-364.

SAGÜES, Néstor Pedro (2007): *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*, 5ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea. Tomo 3.

SAGÜES, Néstor Pedro (2007): *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Astrea, 1º Edición, Buenos Aires.

ON WALDRON'S NORMATIVE POSITIVISM*

SOBRE EL POSITIVISMO NORMATIVO DE WALDRON

*Juan Iosa***

Resumen: Primero, ofrezco una reconstrucción del positivismo normativo de Waldron tal como él lo defendiera principalmente en "Positivismo normativo (o ético)" (2001) y "Derecho y desacuerdo" (1999), pero también más adelante en su respuesta a Marmor en 2014. En segundo lugar, presento algunos argumentos dirigidos a desafiar su concepción del derecho y la democracia: no nos ofrece una descripción adecuada del derecho al por menor (aquí sus afirmaciones solo podrían ser normativas, lo cual no es suficiente para una teoría del derecho). Y nos da una concepción estrictamente procesal de la legitimidad democrática que no puede dar cuenta de las democracias procesalmente justas, pero sin embargo ilegítimas en función del nivel de injusticia de las circunstancias o el nivel de alienación de la sociedad donde funciona el procedimiento. Para el análisis de esta última cuestión me apoyaré en algunas ideas de "La Forma del Derecho" de Fernando Atria.

Palabras-clave: Jeremy Waldron - Fernando Atria - Positivismo Normativo - Positivismo Ético.

Abstract: First, I offer a reconstruction of Waldron's normative positivism as he defended it mainly in "Normative (or Ethical) Positivism" (2001) and "Law and Disagreement" (1999) but also later in his response to Marmor in 2014. Second, I present some arguments addressed to defy his conception of law and democracy: it can't give us a proper descriptive account of the law at the retail level (here its claims could only be normative, which is not enough for a theory of law). And it gives us a strictly procedural conception of democratic legitimacy which can't account of procedurally fair but nonetheless illegitimate democracies in function of the level of injustice of the circumstances or the level of alienation of the society where the procedure works. Regarding this last issue, I will rest on some ideas from Atria's "La Forma del Derecho".

Keywords: Jeremy Waldron - Fernando Atria - Normative Positivism - Ethical Positivism.

* Trabajo recibido el 16 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 7 de octubre del mismo año.

** Abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (FD-UNC). Diplomado en Cuestiones de Diseño Institucional para una Justicia Oral y Acusatoria (UNC). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Investigador de CONICET.

Sumario: I. Reconstructing normative positivism. II. Does Waldron's normative positivism give proper account of our practice? III. Waldron and Atria on democracy. IV Bibliography.

I. Reconstructing normative positivism

In this paper I will make a direct approach to Waldron's normative (or ethical) and exclusive positivism as defended in his *Law and Disagreement* (1999) and in papers of the same time such as, precisely, *Normative (or Ethical) Positivism* (2001).¹ First, I will reconstruct his main theses (which I consider plausible and interesting). Second, I will challenge them, and, in order to solve that challenge, using some ideas of Fernando Atria, I will try to push them further.

Let us start remembering that Herbert Hart, in the postscript to *The Concept of Law* (Hart, 1994) wrote that his approach was "descriptive and morally neutral". By this he meant that law is a social phenomenon existent in mostly every society and, consequently, that it was possible (and required indeed) to make a general theory of law, ie., a conceptual analysis accounting for the necessary and sufficient conditions for its existence, conditions which were identifiable with complete independence of moral judgment.

Waldron and others (mostly Postema, Campbell, Perry and, among us, Fernando Atria) had recently developed a new² and interesting positivist doctrine incompatible with Hartian descriptivism, neutrality and even generality: Normative or ethical positivism. It asserts that "the separability of law and morality (...) is a good thing, perhaps even indispensable (from a moral, social or political point of view), and certainly something to be valued and encouraged" (Waldron, 2001, 411). They are also interested in developing a *special* theory of law, focusing in modern states of law and democracies (Waldron, 2009). There are in fact much more differences than similarities between, for example, the *ancient regime* and the modern law. Moreover, if we focus on the latter, the similarities, we are condemned to superficiality (Atria, 2016).

According to the sentence quoted above, this is a theory about what the law should be (I shall consider below whether it is also a theory about what the law is). Moreover, it is a theory that claims that law should be so (positivist, even exclusive positivist) for moral reasons. This is quite astonishing for us, used to understand positivism as a doctrine about what the law is, not about what it should be. So let's try to make sense of it.

(1) Later he made a Dworkinian shift. But that is another story. For this shift, see Gallego Saade, 2019.

(2) By "new" I mean a theory that restates theses and arguments that were forgotten or anyway not present in the debate before this discussion. But as everyone recognizes, the first positivists, mainly Jeremy Bentham, were normative positivists rather than conceptual.

One approach to the problem could go as follows: As a conceptual matter, legal positivism can be conceived, in a strong version, as the assertion that law is necessarily separate from morality. Alternatively, more weakly, that law is not necessarily related to morality. This second position (known as inclusive positivism) admits, as a contingent issue, that some systems (perhaps ours) may include moral rules, or legal rules (eg. constitutional) that cannot be rightly interpreted except by reference to moral rules. Normative positivism would presuppose that this weak definition of positivism is correct and condemn for moral reasons those systems which in fact introduce moral criteria for the determination of legal validity (Waldron, 2001, 414).

However, this is not the position espoused by Waldron: as presented, it would be a normative thesis *about*, not *of* legal positivism: not related to its essence, its core. In order to grasp his account adequately, let us introduce a distinction crucial to his thought: that between a *wholesale* account of law and a *retail* one. As Waldron asserts "(...) the phrase 'the account of what the law is', is ambiguous. It could mean the *wholesale* account of what, the law, the institution, is (as opposed to other methods of governance); or it could mean the *retail* account of what the law on some particular subject is in a particular jurisdiction". Legal positivism in the Hartian mode was mainly interested in determining the validity of particular laws, ie. the law at the retail level, by reference to the rule of recognition and without mixing of moral criteria. But this is compatible with an account of what law as a whole is, an account sensible to the question of why it is important to identify individual norms independently of moral judgment. This question about importance can clearly be a moral one and be so without contaminating with morality individual judgments of validity (see Waldron, 2001, 415)³.

(3) The distinction between *wholesale* and *retail* accounts of law is, I believe, central to our continental tradition of legal thought, deeply marked as it is by Bobbio's distinction between, conceptual, methodological and ideological positivism. We may think that Waldron's normative positivism is quite the same than Bobbio's ideological positivism. Is it so? In fact, the retail/wholesale distinction is quite similar to his distinction between two forms of ideological positivism. First, as the doctrine that the criteria for judging about the validity of particular norms matches perfectly with the criteria for judging about the justice of those norms. Second, as the idea that the law, as the system of rules imposed by the power exercising the monopoly of violence in a given society, by its mere existence, apart from the moral value of its particular rules, serves for obtaining certain desirable ends such as order, peace, certainty and, in general, legal justice (Bobbio, 1997,47). Regarding the first form of ideological positivism Waldron wouldn't say that validity is equal to justice but, certainly, he would claim that it implies a duty of respect. Regarding the second form, I would say that Waldron could embrace it without hesitation. The difference between Waldron's normative and Bobbio's ideological positivism relies, as we shall see, in how they understand the possibility of a distinction between a pure conceptual and descriptive analysis by one side and a normative one by the other. While Waldron denies that possibility, Bobbio accepts and endorse it.

With this distinction in mind, we can return to the question of whether normative positivism is a thesis *about* legal positivism⁴ or, as Waldron wants, a version of legal positivism. I will somehow follow Marmor in presenting Waldron's argument. According to Marmor (Marmor, 2011, 126), it relies in three main premises. First, that, it is central for jurisprudence to determine criteria of validity at the retail level. Here we can disagree as to whether we can introduce moral standards among those criteria. How are we to solve this disagreement? The second premise asserts that such disputes cannot be solved but by "testing the respective theories (about the correct criteria of validity) against our sense of why it is important whether something counts as law or not" (Waldron, 2001, 420)⁵. Third, according to Waldron, this "Why" question is bound to be normative. It is bound to rely on certain views about what makes law as institution, law wholesale, good or worthy of our appreciation. We must conclude, according to Waldron, that our concept of law necessarily relies on normative considerations. Normative positivism is not a thesis *about* law but *of* what law as an institution is. But we cannot identify what law is without looking to normative standards.

Waldron's example could help to enlighten the question. Suppose an armed organization with a strong man that dictates commands and is obeyed by his followers out of interest and by the people out of fear. The organization may even have judges which apply and enforce the strong man's commands when they are disobeyed. Here we have a society with primary and secondary rules, both respectively applied and accepted without any reference to moral judgment. Would we have law in this society? (Waldron, 2001, 420-21).

A soft or inclusive positivist, as long as she asserts that the connection between law and morality is not necessary but contingent would be forced to accept that here we are facing a legal system. But opponents to this analysis would ask what its point is if it cannot distinguish this pure command-based system as a non-legal mode of administration (Waldron, 2001, 421). Even more, the normative positivist would deny that in this case we are facing a system of law: "The claim of the normative positivists is that the values associated with law, legality, and the rule of law (coordination, predictability, autonomy, respect for the dignity of persons as separated individuals, reduction of political conflict or whatever values normative positivists may endorse) can be best achieved if the ordinary operation of such a system does not require people to exercise moral judgment in order to find out what law is" (Waldron, 2001, 421)⁶. But for this to be the case, the law, wholesale, must make these values more possible or probable than with no law at all. And

(4) If this were the case, normative positivism would presuppose a normatively neutral conceptual analysis which would allow us to identify instances of law which, in a second stage, we could commend or condemn for complying or not with our normative standards.

(5) The addition in brackets is mine.

(6) The addition in brackets is mine.

the system of the example doesn't promote any value whatsoever (other than the promotion of the interests of the strong man and his allies). Then, according to normative positivism, it cannot be law. Therefore, the argument for normative and exclusive legal positivism must be normative from the very beginning.

The proper way of doing legal theory, according to Waldron, is "to grasp the internal point of view in relation to the point or function of a legal system." "If the legal theorist is not presenting those beliefs and attitudes in his own voice, then he is doing legal theory in *oratio obliqua* (...) grasping what is like to do legal theory but (...) not doing it himself" (Waldron, 2001, 426).

So far, so good. Let's move one step forward. What is the point, function or value of law, on Waldron's eyes? Let's focus on modern, democratic, states of law, which are, after all, our concern. Let's focus even more. What is the point or function of legislation, ie., the main source of law (perhaps competing with constitutions in every day practice) in modern states? Looking for an answer to these questions, we mainly have to pay attention to chapter 5 of Waldron's *Law and Disagreement*. (Waldron 1999). There Waldron highlights that in modern societies we face two problems which he called *the circumstances of politics*. These are, first, the felt need of a common decision on some matters regarding our shared life and, second, the existence of wide disagreements among the members of the society about how the issue should be decided (Waldron, 1999, 102). In modern societies, this problem is mostly solved by democracy: deliberation about the correct way of solving the issue we are facing and voting applying a majority rule for adopting the authoritative decision. We may say that this mechanism has the function of making uncontroversial what before the procedure and the decision was controversial (now we can solve concrete problems not by reference to our disputed theories of justice or rights but to the enacted law) and doing this in a way that respects the equal dignity of each of the members of the society. As every opinion is taken into account, we show respect for the holders of those opinions by respecting the decision taken according to a procedure designed for making honor to that dignity. In Waldron own terms: "A piece of legislation deserves respect because of the achievement it represents in the circumstances of politics: action in concert in the face of disagreement... It may also deserve our respect because it is a *respectful* achievement... - because it is achieved in a way that is respectful of the persons whose action in concert it represents" (Waldron, 1999, 108-9).

Consequently, exclusive positivism follows: we cannot go back to reconsider the (moral) reasons for the decisions taken because there was precisely where the disagreement reigned.

II. Does Waldron's normative positivism give proper account of our practice?

My first point against Waldron's theory goes as follows. As he says, his theory is a theory of law, ie., it intends to grasp the concept of law as a normative concept. But

even if it seems to work well at the wholesale level, catching the point or function of the law as an institution and, consequently, allowing us to identify instances of law and distinguish them from other forms of governance as the strong man system, it doesn't seem to do such a good job at the retail level. At this point our neo-constitutional system of law, plenty of moral norms or legal norms required of moral (and controversial) interpretation, is more adequately described by anti-positivism or by inclusive positivism. At the retail level, normative positivism seems to make just a prescriptive claim, ie., to recommend how law should be, even recognizing that it is not so. Isn't this a problem to a theory which intends to grasp the core of law? Shouldn't it allow us to grasp paradigmatic instances of law also at the retail level? But aren't morally loaded legal norms or jurisdictional decisions (mainly but not only taken at the Supreme Court level), even if they are not but a little percentage of the total amount of decisions, central to our comprehension of our law at the retail level? Would Waldron disqualify all of them as mere mistakes?

Let's, for a moment, assume that I have a point here: Waldron's normative concept of law does not give proper account of our law at the retail level. Let's see what happens if we add another premise that Waldron espouses: we shall have an institutional, (nor conceptual, neither about words), approach to the law (Waldron, 2014). But institutions, I assume, are groups of norms, norms which are an essential part of the legal practice, practiced norms. In other words, an institutional approach focuses on the practice, its concept of law must account for the practice.⁷ But our practice, as we noticed, is one that includes at a central level moral interpretation and adjudication. And the law, wholesale, is just the sum of norms, institutions and practices. But if Waldron theory can't give proper account of the law at the retail, individual, level, and if the law, wholesale, isn't but the addition of all that retail law, it follows that Waldron can't give proper account of the law at the wholesale level neither.

III. Waldron and Atria on democracy

In Waldron's theory, a suitably democratic procedure is designed to show the proper respect to individual's equal agency and dignity. As we saw, according to him this implies that we must respect the law and treat it as it deserves to be treated:

(7) Waldron quotes affirmatively this sentence by Postema: "Jurisprudential theory (...) even when it appears to be engaged in conceptual analysis is focused on the task of giving an account of legal institutions and the practice and sensibility that breathe life into them (...). For these practices are not mere and mindless habits, or behavioral routines with no intrinsic significance to those who execute them. They are intelligible social enterprises with certain, perhaps very complex, meaning or point" (Postema, Bentham and the common law tradition, 334, quoted by Waldron at Waldron, 2001, 424). Maybe Postema was thinking (and surely Waldron quotes him as he where thinking) in the institution of law wholesale. But the point seems also valid to retail law. If so, Waldron's theory seems incapable to enlighten the sensibility that breathes life into our practice of moral interpretation of particular legal norms.

as excluding moral and controversial reasons. But is this enough for political legitimacy and for giving for granted the normativity of law at the retail level? I will use some ideas by Fernando Atria to try to strain Waldron's philosophy over this point.

A procedure designed to recognize our common status as agents, working under ideal conditions, would necessarily reflect in its decisions the equal dignity of the parties. However, working in our world, where usually the conditions of justice (conditions not related to the procedure but to the reality where it works) does not meet, it can produce distorting results. Atria exemplifies this point with the development of modern labor law. The idea that the worker and the employer are recognized as agents under equal conditions, given the conditions in which work is developed in our capitalist societies, is oppressive for the worker: it denies his agency instead of recognizing it. Under capitalism the worker is reified, lacks agency or has the agency diminished (Atria, 2016: 384). So the law must account for this circumstance and do not treat the worker as an agent on equal terms with his employer. It must, on the contrary, compensate the deficit.

Now we can universalize the problem of labor law: All of us, in our world, are (figuratively) workers.⁸ Therefore we live under conditions of diminished autonomy: we are alienated. Let's suppose that this is the case (as I believe it is). If this is so, do authentically democratic structures of government, structures that under ideal conditions would imply an effective recognition of our equal dignity and autonomy but that, *ex hypothesi*, operate under our real, non-ideal, conditions, recognize those values? Or is this, as it would be the recognition of a full equality between worker and employer, an underground way of oppression? To answer this question it is necessary to make use of the theological idea of *anticipation*.

According to Atria "(...) the categories of contract law are anticipatory, that is, they are built from the idea of radical autonomy and thus anticipate it. That they anticipate it means that using the categories that correspond to radical autonomy to understand us in our present conditions of incomplete autonomy, makes us more autonomous. Our current recognition of autonomy to the contracting parties, despite the fact that under the conditions in which that autonomy must be exercised are incompatible with true and complete autonomy, shows us what it means to be truly autonomous" (Atria, 2016: 385).

As we can see, according to Atria, even in our conditions of incomplete autonomy, it makes sense to understand contract law in an anticipatory way, anticipatory of a situation of full recognition. It makes sense insofar as, using these categories, we learn what autonomy means and we bring closer, as it were, the moment of full autonomy, of its consummation. But in labor law we cannot use in this anticipatory way the legal categories. We cannot because our reality is beyond the threshold at which those categories can be used anticipatorily with meaning. What, then, marks

(8) See, Jünger, 2017.

the possibility of the anticipatory use of legal categories is partly internal to them: they are designed in order to recognize our common agency and dignity. And, on the other hand, something external, a property of reality: how far are our ways of life from radical recognition. Atria seems to understand that although alienation is our general condition, it has degrees, and that in certain areas of our life in common or at certain historical moments, it exceeds a threshold such that using anticipatory categories has no meaning or has an effect opposed to the expected one.

Now, when we speak of the institutions of formation of the political will of the people, what side of the threshold are we on? Does it make sense to use the anticipatory mode of language there? In other words, democratic legislation in general, is like the law of contracts or like the labor law? Let's listen to the dilemma in Atria's terms: "The political is the space that arises when we reciprocally recognize each other, and political decisions are such because they are (...) our decisions. If they are our decisions (that is, if they are political decisions in this radical sense of the term) they correctly reflect our interests, because then they go effectively in everyone's interest. Only by understanding our decisions in this way we can understand ourselves as a political community with agency. But this understanding is anticipatory, because in the conditions in which we live, radical recognition is not possible. Here one could say (...) that that means that in our conditions of life the political has become impossible. Or that although our political life forms are not totally political, they are political enough to understand us through them, which means: to understand them anticipatorily, in the sense that living under these forms of life imperfectly political we live more political lives. If today the political cannot be understood anticipatorily, then our initial dilemma regains all its strength and nothing remains but (...) to abandon our political practices (which are not such) and form small communities where it be possible to practice the virtues. If the political can still be understood anticipatorily, then we can reject as false the initial dilemma and affirm that the moral is dissolved, anticipatory, in the political. And it is in this anticipatory dimension where the normativity of the political is to be found (Atria, 2016: 386).

We saw that the possibility of the anticipatory use of legal categories and, therefore, of recognizing normativity to the law depends, on the one hand, on something internal to them: if the legal institutions recognize in its design our common agency and dignity. Regarding this issue there is agreement, I believe, between Waldron and Atria. If the formal conditions are given, both consider the law as excluding subjacent or dependent reasons. Let's see this point in Atria's thought.

For him, at the level of the institutional structure such recognition will depend on whether "our will" is not a euphemism but actually includes "my will" in a relevant way. The legitimate law "is possible insofar as the will in which the law consists is, in some significant sense, my will" (Atria, 2016: 386). In turn, whether this is the case depends both on the form and the substance of the legislative decision. Formally, that the decision be the result of a procedure in which I have participa-

ted, or in any case, that it treat me as an author. Substantively, the decision has to be justified by common reasons: it must be in the interest of all. But if the form respects our common agency, and given that what is in the interest of all is, before the institutional decision, essentially controversial, then once the decision is made, for operational purposes it must be taken as if in fact it were in the interest of all: "(...) our decisions count as ours not because they are correct but because they have been formally produced" (Atria, 2016: 387).

But Atria adds an element external to the democratic procedure as condition of the normativity of its product, ie., law at the retail level: how political, how human, are our ways of life (Atria, 2016, 415). As far as I know this element is absent in Waldron's perspective. There is no space in his thought for the possibility of a full democratic procedure which, given certain social conditions, is not but an underground mode of oppression.⁹ The very idea of a totalitarian democracy (present both in left- and right-wing thought) seems to be an oxymoron in his thought.

Let us focus for a moment on this external condition of legitimacy of our institutions, of our law: that the current conditions of life are sufficiently political, imply sufficient reciprocal recognition, so that it makes sense to use the anticipatory mode of language when those institutions are applied to these conditions. Are we, Chileans, Argentineans, Americans, Spaniards, etc., in such a situation? Given our current forms of common life, does the law effectively work to make reciprocal recognition more likely or is it a mere instrument of oppression? "[N]or will it be that our material conditions of life have made the political impossible?" (Atria, 2016: 390). Given that our current condition is the market society, and given that the self-understanding of the individuals in the market society is that of subjects with pre-politically formed preferences, (preferences over which it is not possible to deliberate but must be added in order to make a collective decision when we need it), we may have a skeptical, emotivist vision of the political: the reciprocal recognition contained in the idea of deliberation and law based on deliberation, law as a unification of interests, has become impossible. The only thing left is to add preferences.

But this is the self-understanding of the individuals in the market society. Are we people defined by that condition? Are we mere subjects of the market? Or is there still some space in our lives for the political, for the common, for the question of the general interest? The inquiry can be translated in these terms: "Is it possible

(9) We can see this idea in McCabe's assertion that "[a] certain distortion of the nature of man is built into the capitalist culture which makes it difficult for us to recognize ourselves for what we are, to recognize, in fact, what we want." (McCabe, 1968, 60). I ought to thank Fernando Atria to point me this quotation from McCabe which also appears in his book (Atria, 2016, 394). In a nutshell, the idea is that totalitarianism may appear under new dresses, even under democratic ones. On the issue see Trueba, 2018 and Soljenitzen <https://www.lanacion.com.ar/210950-el-totalitarismo-tambien-puede-surgir-de-la-democracia> among many others.

today the unification of interests that the deliberation was supposed to provide?" (Atria, 2016, 391). And without this unification there is no normativity in the law. Why would I differ my preferences by the mere fact that those preferences contrary to mine add up more? So, do we still have reason to believe in deliberation and the pursuit of general interest, at least in an anticipatory way?

What would Waldron answer to this question? "I believe (he says) (...) that it is true empirically that citizens and representatives often do vote on the basis of good faith and relatively impartial opinions about justice, rights, and the common good (...). At any rate, I shall proceed throughout this book on the assumption that people sometimes or often do vote their considered and impartial opinions. It is by no means invariably true, but a normative theory of law and politics needs an aspirational quality, and this is mine. I shall assume that in order for law to claim authority along the lines that I think it can and should, those who participate in making it ought to do their best to address in good faith the issues on which they know they disagree with others" (Waldron, 1999, 14-15).

It is curious. Waldron says that he "believes" that this is the case, ie, that people vote with the sight put in the common interest. And that, at any rate, that is his "aspirational quality". We must assume that, on his view, we are facing an issue which cannot be decided by empirical research or other noncontroversial procedure. Exactly the same is asserted by Atria. To the question posed above about if it is still possible the unification of interest that deliberation was supposed to provide, he says that the answer to this question is polemical and, consequently, that it is not a task for his book to provide it" (Atria, 2016, 391). Even more, in terms quite similar to Waldron, Atria says that his books suppose (but doesn't give an argument for asserting) that deliberation is possible (Atria, 2016, 348). But from an ungrounded belief, from an aspirational quality or from a supposition we cannot derive the normativity of law.

Maybe we can deliberate about the right answer to this question. Is it genuine deliberation still possible in our actual conditions? Anyway, which kind of question is it? Why authors as clever as Waldron and Atria refuse to address it directly?

IV. Bibliography

ATRIA, F. *La Forma del Derecho*, Abeledo Perrot, Madrid, 2016.

BOBBIO, N. *El Problema del Positivismo Jurídico*, Fontamara, México, 1997.

GALLEGO SAADE, J. "La teoría 'Dworkiniana' del razonamiento jurídico de Jeremy Waldron, el eslabón ignorado", *Isonomía* 50, 2019. DOI:10.5347/50.2019.160. Available at: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=1405-021820190001&lng=es&nrm=iso

JÜNGER, E. *The Worker*, Northwestern University Press, 2017.

HART, H.L.A. *The concept of law*, Second Edition, Clarendon Press, Oxford, 1994.

MARMOR, A. "Is Legal Philosophy Normative?" in Marmor, A. *Philosophy of Law*. Princeton University Press, Princeton, 2011.

TRUEBA, D. *La tiranía sin tiranos*, Anagrama, Barcelona, 2018.

WALDRON, J. "Normative (or Ethical) Positivism", in Coleman Ed., *Hart's Postscript, Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

WALDRON, J. *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999.

WALDRON J. "Can there be a Democratic Jurisprudence?", *Emory Law Journal*, 2009.

WALDRON, J. "Arguing about the Normativity of Jurisprudence: Comments on Andrei Marmor's 'Philosophy of Law'", *Jerusalem Law Review* 2014.

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESCRIBANO*

NOTARY PUBLIC'S CIVIL LIABILITY

*Lidia D. Lasagna***

Resumen: La responsabilidad notarial debe ser analizada entendiendo su función como un “proceso”, que comprende etapas en las que se desarrollan técnicas documentales y de ejercicio, que permiten llegar a un resultado, esto es la autorización de un instrumento válido, veraz, oponible y que hace fe por sí mismo. Si bien este proceso puede ser desmembrado para su estudio, y para la correcta actuación en cada etapa, no debe serlo cuando el fin sea establecer la responsabilidad que le cabe al escribano ante el daño producido. En el escribano existe una confianza impuesta por la labor que desempeña. El deber de no dañar lo hace responsable objetivamente frente a su requirente como frente a terceros.

Palabras-clave: Escribano - Responsabilidad - Función notarial - Interés protegido - Factor de atribución.

Abstract: Notarial responsibility must be analysed understanding its function as a “process”, which includes stages in which documentary and exercise techniques are developed, which allow achieving a result, that is, the authorization of a valid, truthful, opposable instrument and that makes faith for yourself. Although this process can be dismembered for study, and for the correct performance at each stage, it should not be when the purpose is to establish the responsibility of the notary public for the damage produced. In the notary there is a trust imposed by the work he performs. The duty not to harm makes him objectively responsible to the requesting party as well as to third parties.

Keywords: Public notary - Responsibility - Notary function - Protected interest - Attribution factor.

Sumario: I. Introducción. II. Estructura de la responsabilidad en el CCCN. III. Responsabilidad de los profesionales liberales. Marco normativo. IV. Responsabilidad del Escribano público. IV.1. Antecedentes. IV.2. La función notarial. Su importancia y finalidad. IV.3. El interés y su incidencia en el factor de atribución. V. Conclusiones.

* Trabajo recibido el 5 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 5 de octubre del mismo año.

** Abogada. Escribana Pública. Especialista en Derecho Notarial (UNA). Prof. Titular de Práctica y Ética Notarial en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Prof. Titular de Práctica Notarial en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba. Prof. Adjunta de Derecho Privado V en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Email: lidialasagna@hotmail.com

I. Introducción

Muchas son las situaciones, tanto en el ámbito nacional como internacional, que llevan a reflexionar sobre la necesidad de buscar soluciones o asumir actitudes que permitan contar con una humanidad más equilibrada, equitativa, justa y solidaria, desprovista de ciertos intereses personales que se imponen, atentando contra el respeto y cumplimiento de aquellos valores que necesariamente deben primar en toda sociedad.

El siglo XX fue un siglo de grandes y rápidos cambios, donde para muchos, la adaptación entretuvo su quehacer, no menos en el correr de los años donde nuevas normativas imponen distintas actuaciones como -por ejemplo- la firma digital. Participamos de una sociedad progresiva y con influencia económicamente fuerte en todos los espacios, inclusive en el derecho y en la actividad notarial. Hemos vivido la caída del sistema económico, los avances en la biomedicina, en las ciencias, en la tecnología y en los sistemas informáticos. Como contrapartida se produce una merma en los valores esenciales de toda sociedad, hecho que a su vez se refleja en el notariado.

La historia nos muestra un flujo y reflujo del crédito hacia el escribano. En el Siglo XVII el prestigio del escribano decayó notablemente y hasta hubo quien dijera “¿queréis tener justicia? Pues cómprasela al Escribano”¹. La enajenación del oficio público, la rebaja en su nivel moral y técnico, la dispensa de edad, la facultad de ser excluidos y dispensados de visitas de inspección y el nombramiento de coadjutor, fueron realidades que desprestigiaron el servicio notarial a través de los tiempos².

A partir del año 2005, estalla en la provincia de Córdoba lo que fue conocido como la “Mega causa del Registro de la Propiedad”. Mediante la falsificación y adulteración de documentos, escribanos, abogados, gestores, martilleros, empleados del Registro General de la Propiedad, jueces de paz, funcionarios, empresarios y comerciantes reconocidos en la provincia, alteraban las titularidades registrales de inmuebles del territorio provincial, a través de la supresión de asientos o de la inscripción de títulos apócrifos carentes de matricidad³ y su posterior disposición tanto física como jurídica. Las investigaciones por el tráfico ilegal de inmuebles comenzaron en el año 2003 comprendiendo alrededor de 300 procesos judiciales⁴.

(1) GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique. *Derecho Notarial*, Ed. Universidad de Navarra S.A. EUNSA, Pamplona, 1976, p. 75.

(2) *Ibidem*.

(3) La escritura matriz es el instrumento público original que el escribano redacta, con las formalidades legales, siendo firmada por los otorgantes, por los testigos, en su caso, y signada por el mismo notario y que queda asentada en el libro de protocolo, el que permanece en poder del escribano hasta que el mismo sea remitido al Archivo de Protocolos Notariales. El primer testimonio es la reproducción de la matriz que circula en el tráfico.

(4) BAZTERRECHEA, Silvina. “Los fraudes en el registro de la propiedad de Córdoba suman 149 condenados y 49 juicios orales”, *Diario Comercio y Justicia*, Sección Justicia, Edición digital del 18 de

Esta preocupante situación puso al notariado cordobés en las páginas de diarios y no precisamente por su prestigio⁵.

Ya en el año 2006, y sin conocerse todavía la magnitud real de los hechos que engrosarían esta causa, el Colegio de Escribanos se pronunció públicamente en defensa de los notarios detenidos expresando la necesidad de que se respetaran y se observaran, en la búsqueda de la seguridad jurídica, las garantías constitucionales respecto de los escribanos sospechados, expresión no compartida por el Fiscal de la causa quien consideró, para fundamentar las medidas por él adoptadas, la importancia de la función fedante ejercida por el escribano⁶.

En la actualidad, existen casos similares, aunque de menor magnitud. Asimismo, sin llegar a la estafa, aparecen escribanos denunciados por irregularidades producidas por la falta de cumplimiento de los deberes funcionales. Ello nos motiva a seguir analizando cuál es el alcance de la responsabilidad civil del escribano ante el daño producido por su acción u omisión.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, se han encargado de analizar la responsabilidad civil, penal, tributaria y disciplinaria del notario. La doctrina se ocupó incluso de examinar la responsabilidad del Estado por el actuar del escribano y en ambos estudios surgieron distintas posiciones, según si se lo consideraba profesional de derecho, funcionario público o profesional de derecho encargado de una función pública.

Adelantando nuestra opinión, y tal como lo venimos sosteniendo aún antes de la sanción del Código Civil y Comercial (en adelante CCCN), creemos que la responsabilidad civil por los actos del escribano no debe ser analizada desde la naturaleza jurídica del escribano o de la relación que existe entre éste y el Estado, sino desde la importancia que tiene la actividad notarial, entendiendo que la fe pública, verdad impuesta, es parte de la soberanía del Estado.

II. Estructura de la responsabilidad en el CCCN

En el presente capítulo analizaremos cómo se estructura la responsabilidad civil dentro del CCCN desarrollando temas generales que serán de importancia para el presente trabajo, sin que ello agote todas las vicisitudes que respecto de la materia emanan de la doctrina.

abril de 2017, [20/01/2020]. Disponible en: <https://comercioyjusticia.info/blog/justicia/los-fraudes-en-el-registro-de-la-propiedad-de-cordoba-suman-149-condenados-y-49-juicios-orales/>

(5) Para mayor información sobre la repercusión mediática del caso, remitirse a: Diario La Voz del Interior, 23 de octubre de 2008.

(6) "Fraude al Registro: rechazan planteo de los escribanos". *Diario La Voz* (edición digital). 29 de septiembre de 2006. [16/02/2020] Disponible en: http://www.lavoz.com.ar/nota.asp?nota_id=4387

Podríamos comenzar aclarando que hablamos de responsabilidad civil cuando una persona tiene la obligación de resarcir un daño, patrimonial o no, producido por su acción u omisión en violación de la ley o de un contrato. Sin embargo, conforme al art. 52 y 1708, este concepto en el CCCN va más allá, porque se estructura la responsabilidad civil, no sólo ante el daño producido, sino ante la posibilidad de recurrir a la justicia requiriendo la prevención o tutela inhibitoria de un daño futuro y previsible, por una acción u omisión antijurídica. Respecto de las afectaciones a la dignidad, el art. 52 expresa: *“La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1”*⁷.

De esta manera, se impone el deber de evitar causar un daño no justificado adoptando, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar o disminuir la magnitud del daño o no agravarlo en el caso de que ya se hubiere producido.

Conforme surge de los Fundamentos del Anteproyecto del CCCN, la Comisión Redactora consideró, a pesar de las discusiones doctrinarias, incorporar dentro del sistema de responsabilidad no solo a la reparación, sino también a la prevención y la sanción pecuniaria disuasiva, ya que la finalidad no es sólo tutelar el patrimonio sino también a la persona y los derechos de incidencia colectiva.

La función preventiva tiene la finalidad de impedir que el daño no justificado suceda o en el caso de haber sucedido, disminuir su agravamiento. Es decir, que habrá un deber de actuar para evitar daños cuando la abstención pueda configurar un abuso del derecho de no actuar, y tal cosa sucederá, por regla, cuando una persona, sin riesgo de sufrir daños ni pérdidas, pueda con su accionar evitar un daño a un tercero⁸.

Por consiguiente, toda persona, en cuanto de ella dependa, tiene los siguientes deberes: a) Evitar causar un daño; b) Adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) No agravar el daño, si ya se produjo.

La función resarcitoria es la función clásica. Y tal como lo señala Mosset Iturraspe, tiene lugar una vez acaecido el hecho, y su finalidad no está dirigida a eliminar

(7) Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26994, 2014.

(8) PICASSO, Sebastián - SAÉNZ Luis R. J. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso y Marisa Herrera (Directores), 1ra. ed., Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, Tomo IV.

el evento dañoso, sino en crear una situación idéntica o equivalente a la que existía antes de ocurrido el mismo⁹.

Por su parte, la función punitiva, se asimila a la contenida en el art. 52 bis de la Ley de Defensa al Consumidor¹⁰, cuya finalidad es la imposición de una pena ejemplificadora, disuasiva de cierta conducta productora del daño, a fin de que no se repita en el tiempo tanto por su autor como por un tercero. Si bien en los Fundamentos del CCCN se la menciona expresamente, no encontramos norma que la contenga como si lo hacía el proyecto del código¹¹. En razón de ello, y en virtud del texto de los actuales arts. 1714 y 1715, para algunos, esta función estaría incluida en el art. 1710. Por el contrario, otros consideran que solamente existirían, dentro de las funciones de la responsabilidad, la función preventiva como inhibitoria del daño y la reparatoria.

Siguiendo con el método del CCCN, dentro de la función resarcitoria, encontramos los elementos que se deben dar para que la responsabilidad se configure. No desconocemos que algunos de los elementos también participan de la función preventiva (arts. 1708 y 1711) tal como lo apuntaremos más adelante. Estos elementos son: 1) acción u omisión antijurídica; 2) que dicha acción, positiva o negativa, produzca un daño; 3) que entre la acción y el daño exista una relación causal y 4) que concurra un factor de atribución.

En el código de Vélez¹² estos elementos también estaban previstos, pero con una mirada distinta. En la nueva normativa la responsabilidad está dirigida a la protección del principio de no dañar (arts. 1710 y 1717), principio que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, *alterum non laedere*, conforme lo establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional. El principio que el ordenamiento jurídico consagra es el resarcimiento de todo daño injustamente sufrido y no un castigo al responsable.

(9) MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por Daños, Tomo I, Parte General*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 2004, p.361.

(10) Art. 52 bis: “Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”. Ley N°24240 Defensa del Consumidor.

(11) El art. 1714 del Proyecto del CCCN establecía: “Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”, Infojus, 2012.

(12) Ley 304,1869.

En los siguientes apartados se analizarán en detalle cada uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, haciendo especial referencia a las modificaciones introducidas en el CCCN.

II.1. Antijuridicidad

Este requisito es esencial tanto en la función preventiva como en la resarcitoria, conforme surge de los arts. 1711 y 1717 del CCCN, los que en su parte pertinente dicen: “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento” y “Cualquier acción u omisión que cause un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

A diferencia del Código Civil (en adelante CC), el CCCN recepta una antijuridicidad material y objetiva. En un sentido material, es la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico, comprensivo de las leyes, las costumbres relevantes, los principios jurídicos estrictos derivados del sistema y los principios del orden natural, comprendiendo también las convenciones privadas ilícitas. Así, toda acción u omisión se considera antijurídica por el solo hecho de violar el deber genérico de no dañar a otro o del deber genérico de prevenir el daño a otro, sin necesidad de que la ley describa la conducta prohibida. La antijuridicidad objetiva, a diferencia de la subjetiva¹³, está constituida por esa contrariedad entre la conducta y el ordenamiento jurídico y es previa al eventual juicio de reproche (culpa o dolo) que puede llegar a ejercerse sobre el autor del acto¹⁴.

El daño a que hace referencia el CCCN es el daño injusto. Para saber si estamos ante un daño injusto se deberá analizar si hubo o no alguna causa que justifique al autor del hecho a haber actuado u omitido obrar de tal manera. Las llamadas *causas de justificación* que excluyen la antijuridicidad están determinadas en el art. 1718 del CCCN: legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho.

Además, desaparece la división de la responsabilidad contractual y extracontractual, aplicándose, en principio, las mismas reglas. En los Fundamentos del Anteproyecto del CCCN se expresa: “En materia de reparación, y siguiendo a los proyectos anteriores, se recepta la unificación de los ámbitos de responsabilidad contractual y extracontractual. Al respecto, existe uniforme opinión doctrinal que ha sido expresada en distintos encuentros científicos (...). La tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad, ya que hay diferencias que subsisten. Con la solución que proponemos se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la

(13) En el Código de Vélez Sarsfield la responsabilidad era formal (necesidad de que haya una prohibición legal en cada caso concreto) y subjetiva (basada en la culpa o el dolo) conforme surge de los arts. 1066 y 1067. Con la reforma de la Ley 17711, se incorporan supuestos de responsabilidad objetiva, ya receptado por la doctrina y jurisprudencia.

(14) CALVO COSTA, Carlos A. *Daño resarcible*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica) (...) En la propuesta que se hace, se distingue, la problemática del incumplimiento y su ejecución, regulada en el campo de las obligaciones y contratos, de los demás aspectos, que se incluyen en la responsabilidad por daño”.

En síntesis, a pesar de la mencionada unificación, subsisten ciertas diferencias, las que quedan reflejadas en diversos artículos del código, como por ejemplo, en el campo de la antijuricidad (arts. 1717 y 1749), del incumplimiento y factor de atribución (art. 1723), de la previsibilidad del daño contractual (arts. 1726 y 1728), de la ejecución de la obligación por un tercero (arts. 1753, 1754, 732 y 1749), ante la imposibilidad de cumplimiento (arts. 1749, 955 y 1732), edad en que se adquiere el discernimiento (art. 261). En todos estos artículos hay una referencia expresa de la existencia o no de un vínculo contractual, y en relación a ello, las consecuencias atribuibles al autor en virtud de la distinta naturaleza del hecho generador.

II. 2. *Daño resarcible*

Desde el punto de vista jurídico, y aunque no hay uniformidad en cuanto a su significado, se habla de daño cuando hay un menoscabo, un perjuicio, una lesión en contra de una persona. En un sentido amplio, entendemos que hay daño cuando una persona invade la libertad de otra persona, pudiendo provocar, ya sea por acción u omisión, un perjuicio o lesión en su patrimonio, reputación u honor, dando lugar al resarcimiento o sólo al restablecimiento de la situación originaria mediante el cese del acto ilícito.

Sin embargo, para hablar de daño resarcible como presupuesto de la responsabilidad civil, ese concepto debe ser acotado. Todos los bienes que el hombre posee, sean económicos o no, pueden ser objeto de lesión: su vida, su honor, su propiedad, su libertad. Pero para que exista responsabilidad además de la lesión, se requiere efectividad del daño, un daño cierto, porque la sola ilicitud no basta para que el daño se configure, la sola violación del contrato o de la ley no es suficiente si no hay una lesión resarcible en dinero o en especie.

Respecto del primer elemento, la ley especifica al daño no solo como la lesión a un derecho subjetivo sino a todo interés tutelado por la norma. Para López Herrera, “El concepto de interés es inescindible del concepto de bien jurídico, que sería todo aquello que es apto para satisfacer una necesidad humana, por ejemplo, la vida, la propiedad, el honor, la libertad. El bien tiene aptitud genérica para satisfacer esa necesidad, el interés en cambio es la posibilidad de que una necesidad, experimentada por uno o varios sujetos determinados, venga satisfecha mediante un bien, p. ej. mi vida, mi propiedad, mi honor, mi libertad”¹⁵.

(15) LÓPEZ HERRERA Edgardo. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*- Julio C. Rivera y Graciela Medina (Directores), 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IV, pp.1063 y 1064.

No obstante, el interés tutelado no es suficiente para definir el daño resarcible. Para que éste exista, debe haber un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. En ese sentido, Ossola plantea que “la lesión al interés es un elemento necesario, pero no se identifica con el ‘daño resarcible’, que comprende la incidencia concreta del menoscabo –económico o espiritual– en la existencia de la víctima”¹⁶.

Refiriéndonos al CCCN, el concepto de daño resarcible, como presupuesto de la responsabilidad civil, se encuentra en la suma de los arts. 1737 y 1739. El primero refiriéndose al alcance de la lesión y el segundo a la incidencia concreta del perjuicio sufrido por la víctima por el que procede el pago de la indemnización.

II. 3. *Nexo causal*

Para que exista reparación entre el hecho productor del daño y el daño debe existir un nexo adecuado de causalidad, debiendo indemnizarse las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles, salvo que se puedan aplicar eximentes de responsabilidad (caso fortuito, hecho de la víctima, imposibilidad de cumplimiento, causa ajena).

Según Pizarro, la causalidad brinda: “los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento, mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias. A través de ella se determina hasta dónde el sistema vigente quiere que el autor material responda por sus actos evitándose la elongación excesiva del perjuicio y el enriquecimiento consiguiente del damnificado”¹⁷.

Fue explicada por numerosas teorías la manera de cómo llevar adelante el juicio de causalidad para ver quién va a soportar la reparación del perjuicio. Así encontramos la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causa próxima, la teoría de la causa eficiente, la teoría de la causa adecuada o la teoría de la imputación objetiva. El CCCN, conforme al art. 1726, se inclina por la teoría de la causa adecuada al decir “Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño”.

Para explicar la causa adecuada, Picasso expresa: “No basta, entonces, con que entre ambos extremos (hecho y resultado) medie una relación causal desde el punto de vista físico, sino que es preciso, además, que el resultado aparezca como una consecuencia previsible del hecho. Esta previsibilidad se mide en abstracto, teniendo en cuenta no lo que efectivamente previó o pudo prever el agente (cuestión ésta conectada, en todo caso, con los factores subjetivos de atribución), sino lo que habría previsto un ‘hombre medio’ (una persona de previsión normal) puesto

(16) OSSOLA, Federico A. *Responsabilidad civil*, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p.136.

(17) PIZARRO, Ramón Daniel. *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual*, Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 86.

hipotéticamente en el momento del hecho. De modo que para establecer si un determinado hecho ha sido la causa adecuada de cierto resultado dañoso, el intérprete debe efectuar un juicio de ‘prognosis póstuma’, que consiste en preguntarse si un hombre medio puesto en el momento del hecho podría haber previsto que aquel hecho iba a generar ese resultado”¹⁸.

Sin embargo, cuando el daño se produce como consecuencia del incumplimiento de un contrato celebrado entre las partes, la causalidad adecuada es desplazada por la previsibilidad contractual. El art. 1728 dispone que “En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando exista dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”.

De lo expuesto, surgen ciertas diferencias entre la causalidad adecuada y la regla de la previsibilidad contractual dispuesta en el código. Picasso y Sáenz explican las diferencias diciendo: “En primer lugar, si bien ambas se fundan en lo que era previsible, la primera toma como parámetro al hombre ‘medio’ (apreciación en abstracto), mientras que la segunda se centra en lo que las partes que celebraron el contrato pudieron prever en el caso concreto (apreciación en concreto). En segundo término, la causalidad adecuada pone al intérprete -a fin de determinar si era previsible o no determinada consecuencia- en el momento en que se produjo el hecho ilícito, mientras que, en materia contractual, se toma en cuenta lo que resultaba previsible para las partes al momento de celebrar el negocio, y no el del incumplimiento”¹⁹, con la salvedad de que si existe dolo también se tomara la previsibilidad al momento del incumplimiento.

La indemnización del daño producido incluirá, salvo disposición legal en contrario, las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles. Las consecuencias inmediatas son las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas. Si hay conexión de un hecho originario con un acontecimiento distinto pero previsible, estas consecuencias se llaman mediatas²⁰. En el caso de que estas últimas no puedan preverse, se conocen como consecuencias causales (art. 1727).

(18) PICASSO, Sebastián. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ricardo L. Lorenzetti (Director), 1ra. ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Tomo VIII, 2015, pp.419 y 420.

(19) ICASSO, Sebastián - SAÉNZ Luis R. J. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso y Marisa Herrera (Directores), 1ra. ed., Infojus, 2015, Tomo IV, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 433.

(20) “El disparo del arma de fuego, es una consecuencia mediata el lucro cesante sufrido durante la convalecencia de la víctima, pues resulta de la conjunción del hecho original (lesión causada por el disparo) con otro distinto (que el damnificado se desempeñaba en una actividad remunerada), pero igualmente previsible”. PICASSO, Ob. cit, p. 423.

II. 4. *Factor de atribución*

En el CCCN se hablaba de imputabilidad porque no se concebía la idea de responsabilidad civil sin culpa. Para que existiera responsabilidad debía existir culpa o dolo. Con la aparición de factores objetivos, se deja el concepto de imputabilidad para considerar como requisito de la responsabilidad civil al factor de atribución, entendiéndose este factor como el fundamento de la obligación de indemnizar, atribuyéndosele el daño a quien está obligado a reparar.

Respecto de los factores de atribución, la normativa legal diferencia si se trata de la función preventiva de la responsabilidad o de la resarcitoria, en la primera no es exigible su concurrencia, siendo necesaria para la segunda. El art. 1721 establece que la atribución del daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. Será objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante para atribuir la responsabilidad, y el responsable se libera demostrando causa ajena excepto disposición legal en contrario (art. 1722). La causa ajena puede consistir en el hecho de la propia víctima (art. 1729), el hecho de un tercero (art. 1731), imposibilidad de cumplimiento en materia obligacional (art. 1732), y el caso fortuito o fuerza mayor propiamente dicho (art. 1730). El factor de atribución será subjetivo cuando exista culpa o dolo. En ausencia de normativa, el factor de atribución será la culpa (art. 1724).

La culpa es definida por este último artículo como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo, y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. Por su parte, y según el mismo artículo, el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

El artículo habla de culpa en los casos en que hay un vínculo obligacional. Sin embargo, al haberse unificado las consecuencias de la responsabilidad contractual y extracontractual se aplica el mismo concepto sea la relación obligacional o no.

Conforme al art. 1723, la responsabilidad será objetiva cuando de las circunstancias de la obligación o de lo convenido por las partes, surja que el deudor debe obtener un resultado determinado. Esto nos lleva a analizar si dentro del CCCN se acepta la división de obligaciones de medios y resultado. En los Fundamentos del Anteproyecto del Código se alude al distingo entre estas obligaciones, y se sostiene que se ha prescindido de hacer referencia a él en la definición de la imputación objetiva, en razón de las controversias que ha suscitado en la doctrina argentina. Pero se agrega: “sin perjuicio de que se la siga utilizando como construcción dogmática, en el plano normativo es claro que, si el deudor promete un resultado determinado, y éste no se obtiene, no puede liberarse demostrando su falta de culpa”. Expresamente, tal distingo surge de distintas normas como son los arts. 774, 1008, 1252 y 1768.

¿Cuándo estamos ante una u otra obligación? Tal como se expresa en los Fundamentos del Código, la doctrina difiere en su conceptualización y la jurisprudencia

tampoco es pacífica ante el caso concreto. Al respecto se dijo: “En las obligaciones de medios, al menos en principio, el incumplimiento del deudor surge del desarrollo negligente del plan de conducta comprometido, por lo cual debe acreditarse su culpa. Por el contrario, en las de fines es irrelevante si el deudor cumplió diligentemente o no la obligación: la no obtención del resultado debido configurará, por sí misma, su incumplimiento”²¹.

Por su parte, Picasso considera que: “las obligaciones de dar y de no hacer tendrán, en principio, el carácter de deberes de resultado, mientras que en materia de obligaciones de hacer habrá que desentrañar, en los términos del artículo 774, si se empeñaron medios o fines. Esta última norma distingue, asimismo, dos supuestos diferentes de obligación de resultado (incs. b y c), según la extensión de lo debido: procurar cierto resultado concreto con independencia de su eficacia, o procurar el resultado eficaz prometido”²².

Según Pizarro y Vallespinos, para establecer la diferencia entre unas y otras: “se deberá tener en cuenta el grado de aleatoriedad de ese resultado en relación con el obrar del deudor. Si aquél puede alcanzarse normalmente mediante la conducta del obligado, sin que intervengan mayormente factores aleatorios, se estará ante una obligación de resultado (v. gr., la obligación de construir una obra en determinado plazo), mientras que ella será de medios en el caso contrario”²³.

En conclusión, al no surgir del CCCN un concepto uniforme de cuándo una obligación es de medios o de resultado, en el caso concreto se podrán tener en cuenta distintos criterios a los fines de su determinación. Entre otros, el contenido de las cláusulas contractuales, la naturaleza de la obligación asumida, la aleatoriedad del compromiso tomado o el precio pagado, encontrándose el juez facultado para aplicar la carga dinámica de la prueba, y así ponderar cuál de las partes se halla en una mejor situación de aportarla tanto para determinar la existencia de culpa como para demostrar si se aplicó la debida diligencia o la existencia de eximentes de responsabilidad.

III. Responsabilidad de los profesionales liberales. Marco normativo

El CCCN establece supuestos especiales de responsabilidad, todos ellos estudiados y analizados por la doctrina y jurisprudencia durante la vigencia del Código de Vélez. En materia de responsabilidad, respecto de los profesionales liberales, en el nuevo código solo encontramos una norma, debiendo remitirnos a otros artículos concordantes y en muchas situaciones, serán los jueces quienes deberán aplicar su saber ya que no siempre es fácil subsumir los hechos en el concepto jurídico.

(21) PICASSO - SÁENZ, Ob. cit, p. 428.

(22) PICASSO, Ob. cit, p. 401.

(23) PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1999, p. 596.

El art. 1768 regula la actividad del profesional liberal estableciendo: “La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757”.

Al respecto, consideramos oportuno preguntarnos qué debemos entender por profesional liberal y cuál es el alcance para que pueda ser incluido en esta norma. Sin embargo, son múltiples las definiciones que encontramos y muchas veces equívocas ya que los primeros conceptos se originaron desde el lenguaje no jurídico. Por ejemplo, si nos remitimos al notariado argentino, el título de escribano por las universidades fue otorgado con la sanción de la Ley 7048²⁴, aunque anteriormente a esta ley ya era reputado como tal. La Ley 24240²⁵, ha considerado profesional liberal a aquel que tiene título universitario y se encuentra matriculado en colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello. En las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil²⁶ se consideró que son notas distintivas de la profesionalidad en sentido lato, entre otras, la condición de experto en una área del saber (científico, técnico o práctico), habitualidad, reglamentación, habilitación y presunción de onerosidad; en especial, con relación a los profesionales denominados liberales con autonomía técnica, sujeción a normas reglamentarias y éticas.

En un sentido más estricto, Trigo Represas y López Mesa²⁷ expresan que debe reservarse la expresión profesional a aquellos que desempeñen una actividad preferentemente intelectual y que cuenten con el título universitario, que les permita actuar con un alto nivel técnico en función a los conocimientos y la capacitación impartida. A su vez, deberá actuar con independencia jurídica, técnica y económica para ser considerado liberal²⁸.

Siguiendo con nuestro análisis, el art. 1768 nos remite a la obligación de hacer. Esta obligación es aquella que consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho en tiempo, lugar y modo acordado por las partes (art. 773). A su vez, el art. 775 aclara que el hecho debe ser cumplido acorde con la intención de las partes o con la índole de la obligación. Las obligaciones de hacer, las que pueden

(24) Ley 7048, 1910.

(25) Ley 24240, 1993.

(26) *Revista Norrial*, 1989.

(27) TRIGO REPRESAS, F. - LÓPEZ MESA, M. *Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, Tomos 1 y 2, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 275.

(28) “Que sea liberal no siempre define cabalmente al profesional, porque, por ejemplo, un médico empleado -v. gr. de un hospital- sigue siendo un profesional y no es liberal la relación laboral. Un plomero es un trabajador autónomo o liberal, pero no puede ser considerado un profesional”, LÓPEZ HERRERA, Ob. cit., p. 636.

ser de servicio o de obrar, pueden tener su origen tanto en el contrato como en la ley. Si la fuente fuera contractual su regulación específica la encontramos en el art. 1251 y ss. del CCCN al tratar los contratos de obra y de servicios.

A su vez, el art. 774 establece que la prestación de un servicio consiste, en su inciso a), a realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. En el inciso b), procurar al acreedor cierto resultado concreto con independencia de su eficacia. Y en el inciso c), en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido incluyendo en este caso la llave en mano o producto en mano. Asimismo, el inciso a) consiste en una obligación de medio mientras que los incisos restantes se refieren a obligaciones de resultado. En cuanto al inciso b), hay resultado sin importar la eficacia, mientras que en el último el resultado debe ser eficaz. De este modo, establece que, si el resultado de la actividad del deudor consiste en una cosa para su entrega, se le aplicarán las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales.

De esta manera, el profesional liberal está alcanzado por la responsabilidad subjetiva salvo que se hubiese comprometido a un resultado concreto y agregamos “o que la actividad del profesional deba resultados concretos”, por lo que la responsabilidad será objetiva.

El legislador, al referirse a la responsabilidad de los profesionales liberales, no ha hecho ninguna distinción. Sin embargo, la actividad que cada profesional desempeña para el cumplimiento de la obligación asumida no es la misma y los sujetos ante los cuales responden por el daño ocasionado también difieren. Todos los profesionales deben actuar dentro de los principios éticos, la buena fe, la moral, las buenas costumbres, las obligaciones contractuales asumidas. A lo cual, si al escribano nos referimos, se le agregan mayores exigencias porque ejerce una actividad reglada por normas esencialmente de orden público, que tienden a garantizar, a través de la fe pública delegada por el estado, la seguridad jurídica y la legalidad de los actos por él autorizados, por lo que la atribución de la responsabilidad se hace más compleja.

Para una mejor apreciación de la problemática, podemos mencionar la doble función que para muchos tiene la actividad notarial: profesional y documentadora. Ello hizo que se analizara su responsabilidad ante la comisión de hechos ilícitos ya sea por dolo, culpa o negligencia en el ejercicio de sus funciones dentro de distintos campos, esto es, el contractual y el extracontractual. Sin embargo, en ese contexto, Pelosi plantea: “son inescindibles las tareas profesionales y documentales. Establecer una separación para aplicar el régimen de la responsabilidad contractual en unos casos y aquiliana en otros, significa admitir que el notario más que actuaciones diferentes está ejerciendo dos profesiones”²⁹. Según el pensamiento de este autor, “la separación es artificial, la profesión notarial concebida sin el documento queda

(29) PELOSI, Carlos A. *El Documento Notarial*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 291.

cegada (...). El requirente o contratante no distingue entre uno y otros deberes y no olvida que solicita los servicios de un profesional universitario”³⁰.

Agudizando aún más la problemática mencionada, diversos autores consideran que la tarea del escribano no estaría incluida en la locación de servicios sino en una locación de obra y más precisamente de obra intelectual donde la responsabilidad sería estrictamente de resultado.

Abordando esta temática, Martínez Segovia expresa que la actuación profesional es una locación de servicios sin relación de dependencia, pero que se asimila a una locación de obras porque la actuación del escribano no puede detenerse injustificadamente en una de las etapas de lo que califica como “proceso”; esa totalidad de la actuación es lo que hace que la función sea notarial y no simplemente jurídica. Expresa que autores italianos la califican como locación de obra intelectual³¹.

En los Fundamentos dados por la Comisión redactora del CCCN, se reconoce la dificultad por parte de la doctrina y jurisprudencia para diferenciar cuando estamos ante un contrato de obra o de servicio. Por ese motivo, consideran necesario dar algunas pautas y con esa idea se expresa que un servicio es un hacer con un valor específico y no un dar. Desde el punto de vista económico, el servicio es todo lo que brinda una función intangible al adquirente, que no incluye un producto. La economía distingue entre el servicio y el producto, de un modo análogo al distingo entre compraventa y contrato de servicio. Un servicio es una actividad intangible que involucra una obligación de hacer. La fabricación de bienes y la transmisión de derechos reales, aunque puedan darse, son accesorios de la finalidad principal. En el contrato de obra existe la posibilidad de reproducir la obra con independencia de su autor, a diferencia del servicio que desaparece al primer consumo y es necesario que concurra el autor para hacerlo nuevamente³².

El marco normativo, en cuanto a la responsabilidad de los profesionales liberales, también lo integra el art. 1725 del CCCN. Este artículo reúne dos normas del Código de Vélez, los arts. 902 y 909, aunque creemos que el espíritu del nuevo artículo no es el mismo que el del código derogado, en el que no estaba previsto el factor de atribución objetivo. Su tratamiento lo haremos más adelante debido a la incidencia que creemos tiene en el presente estudio.

(30) Ibidem.

(31) MARTINEZ SEGOVIA, Francisco. *Función Notarial*, Delta Editora S.R.L. Entre Ríos, 1997, p. 252.

(32) En contra a la interpretación dada por la Comisión Redactora se sostuvo que “Sintéticamente, cuando el contrato engendra tan solo obligaciones de medios (art. 774, inc. a)], el contrato involucrado es de servicios; en cambio, si están en juego obligaciones de resultado, con o sin eficacia comprometida (art. 774, incs. b) y c)], subyace un contrato de obra”. ALTERINI, Ignacio Ezequiel. “Alcances del deber de responder del escribano en el Código Civil y Comercial”, *Revista Notariado*, [17/01/2020] Disponible en: www.revista-notariado.org.ar/2019/07/alcances-del-deber-de-responder-del-escribano-en-el-codigo-civil-y-comercial/

IV. Responsabilidad del Escribano Público

IV. 1. Antecedentes

El sistema de responsabilidades y sanciones específicas para los escribanos que no cumplieren con el correcto ejercicio de su función, comienza de manera organizada a partir de la Ley 25 de Ventoso, del año XI, dictada en Francia en el año 1806. Esta ley no solo organizó al notariado francés, actividad que se encontraba altamente desprestigiada, sino que fue de gran influencia en la historia del notariado.

Desde antiguo, los escribanos que no cumplían con sus funciones eran severamente sancionados. Así en la Partida II, Título 9 de la Ley 8va de Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio, se sancionaba a los notarios consagrando penas severas para los que cometieren adulteraciones o consignaren falsedades a sabiendas.

En los tiempos más modernos, el estudio de la responsabilidad civil del notario se ha profundizado, algunos lo han abordado desde la naturaleza jurídica de la actividad mientras que otros lo hacen en relación al vínculo que el notario tiene con sus clientes (para nosotros requirentes), con el co-contratante no cliente y con terceros, en general desde una perspectiva contractual o extracontractual. Desarrollaremos brevemente cada una de las posturas para una mayor comprensión.

a) Naturaleza jurídica de la actividad notarial. Distintas posturas

Parte de la doctrina entiende que el notario es un funcionario público. La seguridad jurídica exige que ciertos actos queden documentados y que el instrumento donde constan haga fe por sí mismo, no pudiendo ser atacado sino solo por redargución de falsedad. Para ello, el Estado ha investido a ciertas personas, entre ellos al escribano, delegándole una función que es inherente al Estado. Su designación está a cargo del Estado, tiene una jurisdicción determinada, debe cumplir con deberes impuestos para su desempeño, continuidad, competencia territorial y en razón de la materia, incompatibilidades, residencia fija, fiscalización por órganos especiales. Su potestad es similar a la del Juez. El documento que autoriza goza de los mismos caracteres y efectos que la sentencia judicial.

Bielsa lo ha definido como: “todo el que en virtud de designación especial y legal, bajo forma y condiciones determinadas, en una delimitada esfera de competencia, declara o ejecuta la voluntad del Estado para realizar un fin público”³³.

No obstante, aunque se considere que es un funcionario público, se reconoce que tiene caracteres especiales ya que no pertenece a la administración pública porque no hay relación de dependencia con ningún otro funcionario ni participa de los

(33) BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo, Tomo III*, 6º Edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1964, p.3.

caracteres de los miembros de la administración. Tiene autonomía funcional. Los actos por él celebrados no son revisados por ningún superior, son firmes y definitivos.

El CCCN, en diversos artículos, habla de escribanos o funcionarios públicos como términos equivalentes, como es el caso de los arts. 973, 979 inc.2, 997, 1004. En otros artículos se habla de oficial público comprensivo de escribano público y de funcionario público. La nota del art. 1112, al referirse a la responsabilidad de los funcionarios públicos por el irregular cumplimiento de sus deberes, menciona a los escribanos.

Por su parte, las leyes notariales definen al escribano como profesional de derecho y funcionario público, admitiéndose otras actividades no dotadas de fe pública que pueden realizar los escribanos, como -por ejemplo- asesoramientos verbales o escritos, confección de contratos privados, etc. Para los sostenedores de esta postura la responsabilidad se hallaría regida por lo dispuesto en el art. 1112 del Código Civil y eventualmente podría comprometer la responsabilidad del Estado en los términos de los arts. 43 y 1113 del mismo Código. Tengamos presente que el referido art. 1112 no encuentra su correlato dentro del CCCN.

Para otra parte de la doctrina, no es un funcionario público por no reunir los caracteres propios de la función pública. Bielsa a este respecto manifiesta que no hay "relación de subordinación jerárquica, ya que no basta en tal sentido el ejercicio de la superintendencia que se ejercita sobre él, y el sueldo a pagarse por el Estado que, si bien no es decisivo, es de regla, salvo en las excepciones previstas por la ley. Por lo demás- se añade- redactar instrumentos públicos que prueben el comercio jurídico privado (compraventas, hipotecas, etc.) no es función del Estado, sino una profesión liberal, salvo los casos especiales"³⁴. Esta corriente lo define como un profesional de derecho.

Para una tercera posición, el escribano es un profesional en ejercicio de una función pública. No desarrolla solo una actividad privada, como cualquier otro profesional, sino que además cumple una función pública por delegación del Estado. Bueres (1984) subrayando la diferencia con el funcionario público manifestó que: "el escribano no confecciona escrituras en representación del Estado, sino que lo hace nomine proprio, que tiene independencia profesional y de actuación, y que por ello elige la sede de su notaría y el personal que lo asistirá, fijando la retribución de éste, los horarios de trabajo y atención al público y si toma o no vacaciones; que no cobra sueldo, ni aguinaldo ni plus por horas extras, ni tiene partidas para viáticos ni para gastos de representación y, por sobre todo, que el cliente puede elegir al escribano con absoluta libertad, ya que el mismo no le es impuesto como ocurre con el funcionario público"³⁵.

(34) Ob. Cit.

(35) TRIGO REPRESAS, Félix A. "Responsabilidad Civil de Escribano Público", *Revista Notarial* N° 937, 2000, p. 748.

b) Vínculo entre el notario con su requirente y con terceros

Cuando hay una relación entre el escribano y su requirente, aquellos que consideran al escribano como funcionario público califican su responsabilidad como extracontractual en todos los casos por aplicación del art. 1112 del CC. Para otros, el régimen sería dual: responsabilidad extracontractual cuando el escribano actúa como funcionario público siendo su labor protocolar y contractual cuando actúa como profesional de derecho cumpliendo otras tareas.

Para los que opinan que es un profesional de derecho que cumple una función pública, la responsabilidad del escribano frente a su requirente es siempre contractual, estando fuera de discusión que entre ambos se celebra un contrato, para algunos de locación de servicio y para otros de obra, y más específicamente, de obra intelectual, surgiendo la responsabilidad por incumplimiento de contrato.

Cuando la relación se establece entre el escribano y el co-contratante no requirente la doctrina mayoritaria considera que se trata de responsabilidad contractual, ya que por el carácter de imparcialidad con que está investido deberá desplegar las diligencias necesarias para el otorgamiento del acto en beneficio de cada una de las partes que intervienen en el negocio jurídico. No interesa para el caso cuál de las partes solicitó la actuación del escribano y la aceptación de su intervención es una manifestación clara de la voluntad constitutiva del contrato. Ambas partes son requirentes de la labor del notario.

En el caso del escribano y terceros, aquí no habría vínculo contractual ya que en ningún momento ese tercero perjudicado solicitó su actuación, por lo que la responsabilidad será extracontractual. Por ejemplo, el caso del heredero instituido en un testamento que luego fue declarado nulo.

Como ya lo expresamos, no participamos de ninguno de estos criterios para atribuir responsabilidad al escribano. Con la sanción del ordenamiento jurídico actual desaparece, al menos desde el punto de vista de los efectos, la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual habiéndose adoptado la unidad del fenómeno de la ilicitud. Consideramos que la responsabilidad que le cabe al notario ante un daño resarcible debe ser evaluada teniendo en cuenta la importancia de su actividad y en función del interés jurídicamente protegido mediante ella.

IV.2. La función notarial. Su importancia y finalidad

El rol que cumple el escribano dentro de la sociedad amerita realizar algunas consideraciones previas al tratamiento de su responsabilidad. Su actuar puede comprometer la vida jurídica y social de la comunidad, especialmente si se tiene en cuenta que la dación de fe es potestad del Estado delegada a particulares y que,

ante el mal desempeño o el abuso de tal atribución, quedaría afectada la confianza pública³⁶.

A partir de sus comienzos, el notariado sufrió una progresiva evolución tanto en el documento como en su autor, quien cumpliendo solo con una función fedante pasó a ser también un verdadero profesional del derecho, desempeñando distintos roles: asesor, documentador y también fedatario.

Si bien se encuentran antecedentes del notariado y del documento notarial (especialmente este último con efectos probatorios), en Egipto, Grecia y Roma, entre otras civilizaciones, recién el punto inicial para su máximo desarrollo comienza con la fundación de la Escuela del Bolonia. A partir del estudio del Digesto y del Corpus Juris Civile, unido con el *Ars notarie* de Salatiel y el *Summa artis notarie* de Rolandino, los tecnicismos utilizados y la experiencia jurídica de más de mil años recogida por los juristas de la época, hicieron que el documento notarial adquiriera características sobresalientes, características que hoy lo siguen definiendo.

En los estudios realizados en la citada escuela, se hablaba tanto del documento notarial, en su expresión física (el uniforme) y en su expresión espiritual (el contenido), como de la calidad de su autor, a quien se le exigía: a) investidura de notario; b) observancia de las formalidades prescriptas y c) competencia de la persona a la que se le concedía el poder de dar fe. En este contexto, Pedro Boaterio citado por Nuñez Lagos en la obra "El documento notarial y Rolandino" expresaba: "Dícese que este oficio es dignidad: advierte que es oficio de altísima dignidad ya que son rechazados de aquel oficio los infames y los marcados por la torpeza. Ese oficio es autoridad porque se presta la máxima fe. Es una persona privilegiada porque le asiste un privilegio del que carecen todas las demás personas del mundo"³⁷.

Siguiendo a Martínez Segovia, existe una diferencia entre la función y el órgano que ha de ejecutarla, cumplirla y servirla. Considera que la necesidad social creó la función notarial y ésta precedió al órgano. Además, define a la función notarial diciendo: "[es la] función profesional y documental autónoma, jurídica, privada y calificada, impuesta y organizada por ley (caracteres), para procurar la seguridad, valor y permanencia de hecho y de derecho (fines), al interés jurídico de los individuos, patrimonial o extrapatrimonial, entre vivos y por causa de muerte, en relaciones jurídicas de voluntades concurrentes o convergentes y en hechos jurídicos, humanos o naturales (objeto material), mediante su interpretación y configuración, autenticación, autorización y resguardo (operaciones de ejercicio), confiada a un notario (medio subjetivo)"³⁸.

(36) GONZALEZ, Carlos Emérito. "Colegio de Escribanos", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo III, Editorial Bibliográfica Argentina Sociedad Responsabilidad Limitada, Buenos Aires, 1967.

(37) NUÑEZ LAGOS, Rafael. *El documento notarial y Rolandino*. Ilustre Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 1951, p.120.

(38) MARTINEZ SEGOVIA, Francisco. *Función Notarial*, Delta Editora S.R.L., Entre Ríos, 1997, p.25.

De este concepto podemos extraer tres elementos fundamentales: el documento notarial, su autor, es decir el notario, y la seguridad jurídica, que a partir del cumplimiento de los requisitos tanto extrínsecos como intrínsecos, brinda certeza y confianza a la sociedad. Estos tres elementos tienen una relación mutua, cada uno existe y cumple sus fines por la existencia del otro.

El documento notarial es aquel que contiene un acto jurídico o un hecho, otorgado por voluntad de las partes ante el notario, quien previo realizar distintas actividades, como la de asesoramiento, legitimación, legalidad, juicio de capacidad, etc., procede a darle forma cumpliendo con requisitos intrínsecos y extrínsecos, para luego autorizar el documento mediante su firma, adquiriendo así el carácter de instrumento público. Las partes otorgan el documento, siendo autores de sus declaraciones y el notario autoriza dándole el carácter de auténtico, todo lo dicho y hecho por el notario y por las partes en su presencia goza de fe pública, de verdad impuesta.

En cuanto al autor del documento notarial, la Real Academia Española lo define como “el funcionario público autorizado para dar fe de los contratos, testamentos y otros actos extrajudiciales, con arreglo a las leyes”. La Ley Orgánica Notarial de la Provincia de Córdoba³⁹, en su art. 10, lo caracteriza diciendo que: “El escribano de registro es el profesional de derecho y el funcionario público instituido para recibir y redactar conforme a las leyes, los actos y contratos que le fueron encomendados y para dar carácter de autenticidad a los hechos, declaraciones y convenciones que ante él se desarrollaren, formularen o expusieren, cuando para ello fuere requerida su intervención”.

Por su parte, la definición que se aprobó en el I Congreso Internacional del Notariado Latino, llevado a cabo en la ciudad de Buenos Aires en el año 1948, fue: “El notario latino es el profesional de derecho, encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los documentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido”⁴⁰.

Del CCCN no surge un concepto de escribano, quedando la duda respecto de su naturaleza de funcionario público o no. Así, el art. 289 enuncia como instrumentos públicos a aquellos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes. No hace tal diferencia en el art. 291 al hablar de las prohibiciones que resguardan la imparcialidad, en el que solo se refiere al funcionario público. Entendemos que tales prohibiciones alcanzan al escribano, sin adentrarnos a analizar su naturaleza jurídica en el contexto de tal normativa legal.

(39) Ley 4183, 1975.

(40) PELOSI, Carlos A. *El Documento Notarial*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, p.171.

Se puede apreciar mediante estos conceptos que, más allá de la distinta naturaleza jurídica adoptada, coinciden en la doble función que realiza el notario. Por una parte, profesional del derecho con capacidad para asesorar, interpretar y redactar documentos, y por la otra, fedatario autenticador, no solo de la voluntad de sus requirentes, quienes en plena libertad y bajo la imparcialidad del notario otorgan los actos jurídicos conforme a las consecuencias por ellos deseadas, sino también de su propio quehacer, constituyendo lo que oyó, dijo e hizo en una verdad impuesta. Los documentos que autoriza, sus copias y reproducciones hacen plena fe conforme al art. 296 y ss. del CCCN.

Por lo tanto, se sostiene que el notario es un profesional de derecho, al que se le requiere conocimiento, idoneidad y actualización. Pero, como formador de la verdad oficial, no es suficiente si no va acompañado de un actuar ético y con el compromiso de cumplir responsablemente con la labor que se le impuso⁴¹. La función notarial no puede quedar en manos de personas que no tengan exigencias en su desempeño. Sin éstas, no habría seguridad jurídica preventiva. No basta con que el Estado invista a una persona para que en el ejercicio de su función imponga una verdad, la fe pública o que el CCCN enumere los efectos de su investidura, sino que es preciso que el notario actúe en su deber ser.

En nuestro sistema notarial se habla de la seguridad jurídica preventiva⁴², es decir, la seguridad que otorga quien, interviniendo en las relaciones jurídicas desde su etapa de formación hasta su perfeccionamiento, desempeña correctamente sus deberes. Por el contrario, si en dichas relaciones se generan incertidumbres o contiendas, ya no se estará frente a la seguridad jurídica preventiva propia del notariado, sino que se deberá recurrir a la seguridad judicial, a la reparación económica de los daños producidos⁴³ o a la contratación de los seguros de títulos propios del sistema notarial anglosajón.

Todas las normas que incumben a la actividad notarial han sido dadas tanto para la validez del acto como para la validez e inalterabilidad del documento que el notario autentica: uso de hojas con elementos de seguridad, uniformidad en la cantidad de renglones que cada hoja debe tener, tinta que perdure en el tiempo y

(41) HIGHTON Elena I. - VITALE Angélica G.E. *La función notarial en la comunidad globalizada*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, p. 91.

(42) "De allí la necesidad de formar al notario en la que llamamos responsabilidad preventiva. La responsabilidad vista, más que en la obligación de reparar el daño (a la que llamamos en nuestras clases de Derecho Notarial: 'responsabilidad patológica') en la necesidad de no provocarlos (responsabilidad diligencia del obrar con cuidado y previsión). Es el art. 1067 del Código Civil, pero leído de manera 'preventiva'. Antes que decir 'no hay responsabilidad sin daño', expresar: 'con responsabilidad no hay daño'". VENTURA, Gabriel B. "Firma Digital y Documento Notarial", *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, p.4 [16/01/2020] disponible en: www.acaderc.org.ar.-doctrina-articulos

(43) "La intervención de los profesionales notarios asegura, y concreta a través del documento público alitigioso, la seguridad, valor y permanencia de las convenciones de los particulares". HIGHTON - VITALE, Ob. Cit., p. 87.

que no corra el papel, enumeración de las escrituras y foliaturas de las hojas de protocolo en orden cronológico, prohibición de dejar espacios u hojas en blanco evitando así que manos extrañas hagan agregados en las escrituras o impidiendo que ellas sean antedatadas, los salvados realizados con la misma máquina utilizada para la redacción de las escrituras o de puño y letra del escribano, entre otras.

En función a lo expuesto se podrían sintetizar algunos de los deberes propios del notario:

- Su presencia en la notaría
- El ejercicio personal de la función fedante
- La imparcialidad
- La información que debe brindar a sus requirentes sobre la naturaleza, contenido y efecto de los actos que le fueran solicitados
- La guarda del secreto profesional
- La capacitación
- El respeto al principio de legalidad
- El cumplimiento de las normas, leyes, decretos, resoluciones que, si bien todos los ciudadanos estamos obligados a cumplir, en la persona del notario se potencian en virtud de su investidura.

En este contexto no podemos dejar de recordar la nota del art. 992 del ya derogado CC donde se resaltaba la figura, la investidura y el cargo, por sobre la persona que lo ejerce: “Si el oficial público o los testigos instrumentales pudiesen, por sus declaraciones ulteriores, contradecir o alterar el contenido de un acto, no habría derecho alguno seguro constituido por instrumento público. Cuando el acto expresa que el precio de la venta ha sido mil pesos, por ejemplo, no podría jamás argüirse, con la declaración del oficial público o de los testigos, que hubo una equivocación en la designación del precio. No se sabría cuando hablaban la verdad: si cuando bajo su firma asentaron lo que consta en el acto, o cuando ente el Juez declaran que aquello no era cierto”.

En el mismo sentido, el art. 297 del CCCN establece: “Incolunidad formal. Los testigos de un instrumento público y el oficial público que lo autorizó no pueden contradecir, variar ni alterar su contenido, si no alegan que testificaron u otorgaron el acto siendo víctimas de dolo o violencia”.

Tal como lo hacía el CC, el actual código ha receptado, dentro de los distintos sistemas notariales existentes, al notariado de tipo latino, sin duda, por la seguridad que el mismo brinda si es ejercido conforme a los principios que lo ilustran: fe pú-

blica o verdad impuesta⁴⁴; autenticidad⁴⁵; imparcialidad o extraneidad⁴⁶; matricidad o existencia de protocolo⁴⁷.

Este sistema perdurará en el tiempo si resulta seguro y eficaz en función de los fundamentos que se tuvieron en cuenta para su adopción. Si alguno de los puntales que hacen al mismo se quiebra y la sociedad no encuentra la seguridad que le debiera brindar, no tardará en caer y ser reemplazado por algún otro sistema. Highton y Vitale al respecto expresaron: “Las posibles quiebras del sistema y las críticas al mismo pueden venir por las disfunciones o prestaciones incompletas, defectuosas o incorrectas de algunos aspectos de la función notarial, y por lo tanto siempre que eso se observe, debe proveerse inmediatamente a los medios necesarios para evitarlo, pues en tales casos, si los costes de prevención llegan a superar los niveles aceptables, la propia dinámica del mercado buscará inmediatamente medios alternativos”⁴⁸.

En una sociedad con valores morales debilitados, caracterizada por la corrupción, la lentitud (burocrática o no), el oportunismo malicioso, los intereses personales que muchas veces se priorizan sobre los generales, es allí donde la figura del escribano se hace fuerte, donde su persona es la que debe ser creíble, no porque lo digan las leyes, sino por la aplicación del conocimiento y de principios éticos exteriorizados en su conducta.

A manera de síntesis, podemos plantear que el fin de la función notarial es dar garantía. Mediante ella se da seguridad jurídica y se protegen valores constitucionales como la paz, el orden, la justicia y el bien común. En tal sentido, Discastellouvo expresa: “La función notarial, primero, y el notario, luego, como su órgano, aparecen como piedra angular del ordenamiento jurídico en su faz cautelar, de imperio del derecho en la normalidad y sin coacción. Por otra parte, por su razón de ser (responder a una necesidad social) y su fin de proveer a la seguridad y a los restantes valores mencionados (orden, paz, justicia y bien común), ha sido desde siempre imperativo que esté a cargo de personas de conducta moral irreprochable, de inquebrantables valores éticos”⁴⁹.

(44) “Fe pública es la función específica de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo”. GIMENEZ ARNAU, Ob. Cit., p. 38.

(45) Para que el documento notarial sea auténtico debe estar rodeado de ciertos requisitos impuestos por nuestro codificador respecto del oficial público, de la forma y del contenido del documento.

(46) Art. 291 CCCN: “Es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados”.

(47) Art. 299 CCCN: “Escritura pública. Definición. La escritura pública es el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público”; art. 300. Protocolo. El protocolo se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro, numerados correlativamente en cada año calendario...”.

(48) HIGHTON - VITALE. Ob. Cit., p.91.

(49) DISCASTELNOUVO, Franco. “La tridimensionalidad del fenómeno notarial. Ensayo de una concepción integral”, *Revista Notarial* N° 94, 2016/02. PP-42. [20/01/2020], Disponible en: <http://>

IV.3. El interés y su incidencia en el factor de atribución

A fin de completar el estudio de la responsabilidad civil que nos ocupa, analizaremos el art. 1725 del CCCN cuyo título hace referencia a la valoración de la conducta del agente que produjo el daño. En razón de que no existe en su redacción un contenido armónico, cierta parte de la doctrina, basándose en el antecedente inmediato de la norma (arts. 902 y 909 del CC), consideran su sola aplicación al agravamiento de la responsabilidad dentro del factor de atribución subjetivo de la culpa, mientras que otros autores interpretan que el artículo participa de la asignación de causalidades.

Producida la actuación de quien se presume responsable y determinada la relación entre la causa y el daño se debe determinar el factor de atribución. Zavala de Gonzalez define a los factores de atribución como: “Las razones que justifican la responsabilidad, al evidenciar como justo que el daño sea prevenido o reparado por determinadas personas. Constituyen la explicación axiológica de la obligación de impedir o de resarcir el perjuicio”⁵⁰.

El resultado de la relación entre la causa y el daño será quien determine si el factor es subjetivo u objetivo, y si las obligaciones son de medio o de resultado. A este respecto, el art. 1723 establece: “Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva”. Siendo objetiva, conforme el art. 1722, “la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario”.

Para un sector de la doctrina la culpa representa la base mínima del sistema de responsabilidad y se utiliza en todos los casos en los que no corresponda aplicar otro factor de atribución mas grave, como sería el dolo o el factor objetivo.

Sin embargo, para otro sector, la culpa no es la base mínima o piso de la responsabilidad. En este sentido, se expresaron Pizarro y Vallespinos diciendo: “Otro sector de la doctrina han adoptado una actitud diferente frente a la letra y espíritu de la ley, por entender que en modo alguno estamos en presencia de una responsabilidad subsidiaria o excepcional y que, por el contrario, los factores objetivos de atribución (...) se encuentran en el mismo plano de jerarquía cualitativa que la culpa (...) la tendencia a la objetivización de la responsabilidad civil ha desbordado incluso a la órbita extracontractual proyectándose también en materia contractual (obligaciones) con similar amplitud (...) más aún desde una perspectiva netamente cuantitativa la responsabilidad objetiva parece ocupar un lugar todavía más importante que

escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2017/06/Funcion-notarial.-Di-Castelnuovo.-RN-Cba-94.pdf

(50) ZAVALA de GONZALEZ, Matilde. *La Responsabilidad Civil en el Nuevo Código*, T. I, Ed. Alveroni, Córdoba, 2016, p.594.

la culpa, y prueba de ello es que los supuestos más relevantes de responsabilidad civil caen bajo su órbita”⁵¹.

Conforme lo hemos expresado, cuando hablamos del factor de atribución objetivo, la responsabilidad del agente se impondrá sin analizar si hubo culpa o dolo. Esto último no significa que en el actuar del sujeto responsable no haya habido culpa o dolo, pero para atribuirle la responsabilidad esto no será tenido en cuenta y la responsabilidad será objetiva⁵². Y no será tenido en cuenta porque el deber jurídico del agente responde a principios superiores que la norma pretende proteger, como son el deber de seguridad, confianza, riesgo creado, equidad, garantía y abuso del derecho.

Para exonerarse de la responsabilidad en forma total o parcial, deberá demostrar que el hecho se produjo por causa ajena, es decir, por el hecho de la víctima, por el hecho de un tercero o por caso fortuito. También el consentimiento informado será otro medio de exoneración, siempre que no surjan del mismo cláusulas abusivas, creemos que tampoco actuará como eximente de responsabilidad, si a través del consentimiento se incumple con la ley, la moral, las buenas costumbres o el orden público.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, el art. 1725 expresa: “Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Sin embargo, cuando existe una confianza especial, se deberá tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial de agente”.

De la lectura del artículo se puede inferir que será mayor la diligencia exigible y la previsibilidad de las consecuencias, al agente que ostenta conocimientos y cualidades especiales. La regla general de la diligencia exigible es la de un hombre común, cuidadoso y de buena fe y para la valoración de la conducta diligente no se tomará en cuenta la condición especial o la facultad intelectual de una persona determinada.

En el caso del profesional se consideró, siguiendo el espíritu del Código de Vélez, que la responsabilidad se basa en una culpa determinada por la omisión

(51) PIZARRO - VALLESPINOS, Ob. Cit., p.576.

(52) Art. 1723 CCCN: “Responsabilidad objetiva. Cuando de las circunstancias de la obligación o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, la responsabilidad es objetiva”.

de la diligencia que se le exige por sus nociones técnicas, es decir que ello será un elemento para determinar y valorar su conducta en la realización del hecho, surgiendo una culpa mas agravada o dolo⁵³. Por el contrario, creemos que no puede aplicarse la misma interpretación que se hacía respecto de los arts. 902 y 909 del CC, porque la letra y el espíritu de la ley ha cambiado. El factor de atribución objetivo en el derogado CC no estaba previsto, por lo que consideramos que, de la diligencia exigible, conforme al interés protegido, se determinará la culpa, el dolo o la imputación objetiva por lo que el agente deberá responder.

En una segunda parte, el artículo exige mayores recaudos derivados de la confianza y condición del agente, esta exigencia ya se encontraba contemplada en el art. 909 del CC al referirse a los actos voluntarios.

Por confianza entendemos la esperanza, el crédito que puso en el agente otra persona para llegar al fin pretendido, por considerar que éste posee ciertas cualidades (condición especial) que lo hacen diferente de cualquier conocimiento o cualidad ordinaria. En estos casos, conforme a la norma, el factor de atribución lo determinará la condición especial del agente conforme a la naturaleza del acto y de las condiciones particulares de las partes. La obligación del agente de desplegar u omitir ciertas conductas, puede surgir no solo de la convención, sino también por imposición de la ley o por las características propias del contrato.

Sin embargo, debemos destacar que conforme a la terminología utilizada por la norma: “de las partes”, “en los contratos”, “entre las partes”, pareciera que los mayores recaudos sólo serían exigibles cuando se diera una relación contractual, mientras que si el daño se extendiera a terceros, por ser el vínculo que los une extracontractual, tal valoración, en principio, no procedería.

Para determinar cuándo una obligación es de medio o de resultado se deberá tener en cuenta el interés perseguido. Bueres expresa su pensamiento diciendo: “puede hablarse en los deberes jurídicos calificados de medios, de la existencia de un doble juego de intereses -o a lo sumo de un interés dual- que forma parte integrante del objeto del deber (prestación): un interés final aspirado pero aleatorio y otro que satisface con el esfuerzo del solvens, en tanto se traduzca en una actividad prudente y diligente. Este último interés (el primario) basta para que se considere que el proyecto de la prestación se ha cumplido. Por el contrario, en los deberes

(53) “Así, por ejemplo, la conducta de profesionales no puede ser excusada fácilmente, tomando como modelo de diligencia un tipo medio como el del buen padre de familia o el de la persona razonable y prudente -que lo reemplaza-, dado el título profesional que ostentan los agentes y que torna aplicable para la apreciación de la diligencia debida la pauta del art. 1725, primera parte, del CCC”. LOPEZ MESA, Marcelo J. “La apreciación de la conducta según la capacidad y circunstancias del agente. La determinación de la diligencia exigible a cada uno de acuerdo con el nuevo Código Civil y Comercial”, *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 13.918, Año LIV, ED 266, p. 6.

jurídicos calificados de resultado lo trascendente es la satisfacción del interés definitivo o fin último del opus comprometido⁵⁴.

Se ha definido al interés como: “una necesidad objetivamente valorable de bienes o de servicios que la prestación del deudor debe satisfacer”⁵⁵. Ello significa que el interés al que se alude es aquel que es propio y que se relaciona con la prestación, sea que esta prestación surja de la naturaleza de la obligación o de lo convenido por las partes. Perdería certeza jurídica si la determinación del interés dependiera solamente de la esfera interna del acreedor, todas las obligaciones terminarían siendo de resultado.

Esto nos lleva a preguntarnos: ¿cuál es el interés jurídico que se deberá tener en cuenta para valorar la responsabilidad del escribano? La actuación del escribano se debe ajustar a reglas, establecidas por el CCCN y por las leyes orgánicas provinciales, las que han sido instituidas tanto para el documento notarial como para su autor. Como ya lo hemos puesto de manifiesto, ello es así por el valor y el interés protegido que tiene el documento que emana del escribano. Cuando alguien le requiere al escribano un testamento por acto público su interés definitivo es un documento válido tanto en su continente como en el contenido, para que después de su muerte su voluntad sea cumplida. Cuando vendedor y comprador deciden realizar una compraventa, requieren al escribano un título suficiente que les permita la adquisición del derecho real y que no pueda ser atacado por terceros. Pero mas allá del interés particular de los requirentes que debe ser satisfecho, el escribano debe desplegar ciertas técnicas documentales y de ejercicio para que tanto el “acto instrumento” como el “acto instrumentado” sean válidos y eficaces⁵⁶.

En el escribano existe una confianza que va mas allá de la de cualquier contratante porque hay una confianza impuesta por la labor que desempeña. La confianza deriva del postulado constitucional de seguridad jurídica y adquiere una identidad propia en virtud de las especiales reglas que se imponen en la relación entre el

(54) BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1981, p.133.

(55) PIZARRO - VALLESPINOS, Ob. Cit., p.145.

(56) “La actividad notarial con relación al tráfico jurídico inmobiliario está orientada a generar títulos válidos y oponibles, que no puedan ser atacados por los terceros, o por lo menos que las pretensiones o ataques no lleguen a prosperar. Este fin último del instrumento notarial es una realidad, su eficacia es tan notable que utilizamos el término “títulos perfectos”, su grado de oponibilidad es el ideal tan sólo comparable con los instrumentos de origen judicial y hasta en algunos casos, superior a ellos. En efecto, las calidades profesionales del notario de tipo latino, su conocimiento del derecho y el asesoramiento a las partes, más la característica de la intervención voluntaria de las partes, les otorgan a los instrumentos de origen notarial un alto grado de eficacia, prueba de ello son los bajos índices de litigiosidad inmobiliaria, muy inferiores a los apreciados en países que han adoptado otra solución instrumental (instrumento privado) como es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica”. AHUMADA, Daniel E. “Aspectos de la seguridad jurídica en la titulación administrativa”, *Revista Notarial*, Vol. 1, Nro. 79, año 2000, pp. 6-7.

escribano y la sociedad. El deber de no dañar lo hace responsable objetivamente frente a su requirente como frente a terceros.

En ese sentido la jurisprudencia estableció⁵⁷: “El escribano que otorgó un testamento por acto público con un testigo inhábil -en el caso, la madre del heredero instituido-, convirtiendo al título en observable, debe responder por los daños derivados del suceso, pues aquel, como profesional del derecho, no puede limitarse a dar forma a los actos pasados en su presencia o ante su registro, sino que se compromete a observar un plan de prestación enderezado a que se obtenga un consejo jurídico eficaz (ley 404, GCBA)”.

Del mismo modo: “Y en tanto la del escribano es una obligación de resultado, el factor de atribución es objetivo, con fundamento en el deber general de garantía. N. H. tenía obligación de ofrecer seguridad a las partes, máxime cuando por la profesión que ejerce mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902 y concordantes Cód. Civil)’. Es por ello que J. N. H. deberá responder en tanto su incumplimiento al deber de seguridad incurrida, ha servido de concausa a los daños sufridos por los actores, ocasionados por la inexistencia del mandato de Vidone, invocado por la escribana C. en la escritura de cancelación hipotecaria referida (art. 519 Cód. Civil)”⁵⁸.

V. Conclusiones

Si bien existen normas que regulan tanto la actuación del escribano como los requisitos y efectos del instrumento que autoriza, no hay normativa que se refiera explícitamente a su responsabilidad ante el daño producido por su actuación u omisión, debiéndosele aplicar las normas generales.

Por ello, para que se le atribuya responsabilidad deben darse los siguientes elementos: acción u omisión antijurídica, que dicha acción, positiva o negativa, produzca un daño, que entre la acción y el daño exista una relación de causalidad adecuada y que concurra un factor de atribución, objetivo o subjetivo.

Aunque se considere al escribano como funcionario público o en ejercicio de una función pública, las leyes orgánicas notariales provinciales también lo definen como un profesional de derecho, por lo que le es aplicable lo normado por el art. 1768 del CCCN y sus concordantes, más allá de los caracteres propios de su actuación.

De conformidad con el artículo antes mencionado, la responsabilidad es subjetiva salvo que se hubiese comprometido a un resultado concreto y agregamos “o que la actividad del profesional deba resultados concretos”, por lo que la responsabilidad pasará a ser objetiva, siendo en este último caso irrelevante considerar si el agente actuó con culpa o dolo.

(57) CNCiv-SalaM, 17/08/2016.

(58) CNCiv-SalaB, 20/05/2004.

Cuando la responsabilidad es objetiva, el deber jurídico del agente responde a principios superiores que la norma pretende proteger, como son el deber de seguridad, confianza, riesgo creado, equidad, garantía y abuso del derecho.

Si consideramos que tanto el notario como la función que ejerce responden a una necesidad social, proveyendo garantía y dando seguridad jurídica a través de la protección de valores constitucionales como la paz, el orden, la justicia y el bien común, el factor de atribución que le alcanza es el objetivo. Para exonerarse de la responsabilidad, sea en forma total o parcial, deberá demostrar que el hecho se produjo por causa ajena, es decir, por el hecho de la víctima, por el hecho de un tercero o por caso fortuito. También el consentimiento informado será otro medio de exoneración, siempre que no surjan del mismo cláusulas abusivas, se quebrante la ley o se quebranten valores como la moral, las buenas costumbres o el orden público.

La responsabilidad notarial debe ser analizada entendiendo su función como un “proceso”, que comprende etapas en las que se desarrollan técnicas documentales y de ejercicio, que permiten llegar a un resultado, esto es la autorización de un instrumento válido, veraz, oponible y que hace fe por sí mismo.

Si bien este proceso puede ser desmembrado para su estudio, y para la correcta actuación en cada etapa, no debe serlo cuando el fin sea establecer la responsabilidad que le cabe al escribano ante el daño producido.

Lo manifestado nos lleva a reflexionar si estamos ante una obligación de medio o de resultado. Para determinar cuándo estamos ante una u otra se deberá tener en cuenta el interés perseguido y, por lo tanto, protegido. Este interés no depende de la intención interna del acreedor, sino que es el interés propio de la prestación, pudiendo ella surgir de lo estipulado por las partes o de las circunstancias o naturaleza de la obligación.

Si la actividad notarial está dirigida a generar títulos válidos y oponibles, exigiéndosele la máxima diligencia, pericia e imparcialidad en su obrar por estar comprometidos valores superiores, concluimos afirmando que por la importancia de la actividad y del interés jurídicamente protegido mediante ella, su responsabilidad es objetiva y de resultado.

VI. Bibliografía

A. Libros

BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo, Tomo III*, 6ª Edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1964.

BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1981.

BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil del escribano*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1984.

BUERES, Alberto J. (Director) - HIGHTON, Elena I. (Coordinadora), *Código Civil, 4B, Contratos. Responsabilidades Profesionales*, Editorial Hammurabi SRL, 2003.

CALVO COSTA, Carlos A. *Daño resarcible*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2005.

GIMENEZ ARNAU, Enrique. *Derecho Notarial*, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra S.A. EUNSA, 1976.

GONZALEZ, Carlos Emérito. *Colegio de Escribanos*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo III, Editorial Bibliográfica Argentina Sociedad Responsabilidad Limitada, Buenos Aires, 1967.

HIGHTON Elena I. - VITALE Angélica G.E. *La función notarial en la comunidad globalizada*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2005.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo. *Manual de responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

LÓPEZ HERRERA Edgardo. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. IV., Julio C. Rivera y Graciela Medina (Directores), 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2015.

MARTINEZ SEGOVIA, Francisco. *Función Notarial*, Entre Ríos, Delta Editora S.R.L., 1997.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por Daños*, Tomo I, Parte General, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004.

MUSTAPICH, José María. *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, EDIAR Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1955.

NUÑEZ LAGOS, Rafael. *El documento notarial y Rolandino*, Ilustre Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 1951.

OSSOLA, Federico A. *Responsabilidad civil*, 1ª ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2017.

PELOSI, Carlos A. *El Documento Notarial*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980.

PICASSO, Sebastián. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Ricardo L. Lorenzetti (Director), Tomo VIII, 1ra. ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015.

PICASSO, Sebastián - SAÉNZ Luis R. J. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso y Marisa Herrera (Directores), 1ra. ed., Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, Tomo IV.

PIZARRO, Ramón Daniel. *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual*, Tomo I. Buenos Aires, Editorial La Ley, 2006.

PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo. *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1999.

TRIGO REPRESAS, F. - LÓPEZ MESA, M. *Tratado de la responsabilidad civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, Tomos 1 y 2, La Ley, Buenos Aires, 2004.

ZAVALA de GONZALEZ, Matilde. *La Responsabilidad Civil en el Nuevo Código*, T. I. Ed. Alveroni, Córdoba, 2016.

B. Artículos de revistas

AHUMADA, Daniel E. "Aspectos de la seguridad jurídica en la titulación administrativa" *Revista Notarial*, Vol. 1, Nro. 79, año 2000.

ALTERINI, Ignacio Ezequiel. "Alcances del deber de responder del escribano en el Código Civil y Comercial", *Revista Notariado*, Disponible en:

www.revista-notariado.org.ar/2019/07/alcances-del-deber-de-responder-del-escribano-en-el-codigo-civil-y-comercial/.

ARREDONDO GALVÁN, Francisco Xavier. “El Notariado en el Mundo y su Proyección hacia el Futuro”, *Revista de Derecho Notarial*. Disponible en:

<http://www.acervonotarios.com/files/El%20Notariado%20en%20el%20Mundo%20y%20su%20Proyeccion%20Hacia%20el%20Futuro.pdf>

BAZTERRECHEA, Silvina. “Los fraudes en el registro de la propiedad de Córdoba suman 149 condenados y 49 juicios orales”, *Diario Comercio y Justicia*, Sección Justicia. Edición digital del 18 de abril de 2017 [20/01/2020]. Disponible en: <https://comercioyjusticia.info/blog/justicia/los-fraudes-en-el-registro-de-la-propiedad-de-cordoba-suman-149-condenados-y-49-juicios-orales/>

DISCASTELNOUVO, Franco. “La tridimensionalidad del fenómeno notarial. Ensayo de una concepción integral”, *Revista Notarial* N° 94, 2016/02. Disponible en:

<http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2017/06/Funcion-notarial.-Di-Castelnuovo.-RNCba-94.pdf>

HIGHTON de NOLASCO, Elena Inés. “Responsabilidad del Estado por los Escribanos. Por quien no es propietario. El caso de enajenación”, *LL*. 1977-C-970.

IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, *Revista Notarial*, N° 58, 1989/2.

KEMELMEJER DE CARLUCCI, Aida. “La responsabilidad del Escribano en la Jurisprudencia del Siglo XXI”, [17/01/2020] Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/número-extraordinario-60-aniversario/la-responsabilidad-del-escribano-en-la-jurisprudencia-del-siglo-xxi.pdf>

LOPEZ MESA, Marcelo J. “La apreciación de la conducta según la capacidad y circunstancias del agente La determinación de la diligencia exigible a cada uno de acuerdo con el nuevo Código Civil y Comercial”, *El Derecho. Diario de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 13.918, AÑO LIV, ED 266.

MOISSET DE ESPANES, L. y MÁRQUEZ, J. F. “Nulidad de escrituras públicas. Responsabilidad del escribano y participación en el juicio”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, [08/01/2020] Disponible en: www.acaderc.org.ar/Doctrina/Articulos

PELOSI, Carlos A. “Naturaleza de la responsabilidad del Escribano”, *Revista del Notariado* N° 709, enero-febrero 1970.

TRIGO REPRESAS, Félix A., “Responsabilidad Civil de Escribano Público”, *Revista Notarial* N° 937, 2000.

VENTURA, Gabriel B. “Firma Digital y Documento Notarial”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, [16/01/2020] disponible en: www.acaderc.org.ar.-doctrina-articulos

C. Jurisprudencia

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, 17/08/2016 “F. Q., M. I. c. C., G. E. y otros s/ daños y perjuicios”. La Ley, 05/12/2016. Cita Online: AR/JUR/66494/2016.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, 20/05/2004. “González Sbarbi, Ricardo J. c. N. H., J. Publicado” en: RCyS 2004, 565, con nota de Martín Christello; Cita Online: AR/JUR/2352/2004.

D. Documentos en formato electrónico

CALVO COSTA, Carlos A. *La vigencia de la antijuridicidad en el actual derecho de daños*. [17/01/2020]. Disponible en: [http://www.calvocosta.com.ar/articulos/La%20antijuridicidad%20\(homenaje%20a%20Alterini\).pdf](http://www.calvocosta.com.ar/articulos/La%20antijuridicidad%20(homenaje%20a%20Alterini).pdf)

---“Fraude al Registro: rechazan planteo de los escribanos”. *Diario La Voz* (edición digital). 29 de septiembre de 2006. [16/02/2020] Disponible en: http://www.lavoz.com.ar/nota.asp?nota_id=4387

LASSIETE PARTIDAS DE ALFONZO EL SABIO. [21/04/2020]. Disponible en: <https://www.biblioteca.org.ar/libros/130949.pdf>

PROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. 1a ed., Infojus, Buenos Aires, 2012. [21/04/2020]. Disponible en:

http://www.sajj.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf

VIVAS, Mario Luis. *Unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino. Principales aspectos de la reforma*. [29/02/2020] Disponible en: <https://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/2649-unificación-responsabilidad-civil-contractual-y-extracontractual-nuevo>.

“PECCATA SUOS TENEANT AUCTORES”. **EXCEPCIÓN EN EL DERECHO ACTUAL***

“PECCATA SUOS TENEANT AUCTORES”.
EXCEPTION IN LAW TODAY

*Bibiana Llaryora***

Resumen: Tomando como punto de partida la regla jurídica que expresa: “*Peccata suos teneant auctores*” - “*Obliguen los delitos a sus propios autores*”, contenida en el Libro IX del Código, Título XLVII, denominado “*De las Penas*”, constitución 22¹, correspondiente a los emperadores Arcadio y Honorio -año 399- se observa que ese precepto romano está relacionado en nuestro tiempo, con el *principio de culpabilidad* y el de la *personalidad de las penas*. Sin embargo, es factible mencionar a una situación que, aparentemente, quedaría fuera de la regla. A ella se hará referencia en el presente trabajo.

Palabras-clave: *Peccata suos* - Culpabilidad - Responsabilidad personal - Delitos - Autores.

Abstract: Taking as a starting point the legal rule that expresses: “*Peccata suos teneant auctores*” - “*Oblige the crimes their own perpetrators*”, contained in Book IX of the Code, Title XLVII, called “*Of the Penalties*”, constitution 22, corresponding to the emperors Arcadius and Honorius -year 399- it is observed that this Roman precept is related in our time, with the principle of guilt and that of the personality of penalties. However, it is feasible to mention a situation that, apparently, would be outside the rule. It will be referred to in the present work.

Keywords: *Peccata suos* - Culpability - Personal responsibility - Crimes - Authors.

Sumario: Introducción. I. Derecho Romano: a) Responsabilidad penal familiar: Evolución. Fuentes; b) Responsabilidad individual vs. Responsabilidad por el hecho ajeno; c) Responsabilidad objetiva vs. Responsabilidad subjetiva; d) Responsabilidad colectiva vs. Responsabilidad de carácter personal. II. Derecho

(1) JUSTINIANO. *Código*, 9.47.22.

* Trabajo recibido el 11 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 9 de octubre del mismo año.

** Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesora de Derecho Romano (Facultad de Derecho FD-UNC). Tutora académica en la asignatura Práctica Profesional III (Área Legislativa) del Programa de Enseñanza para la Práctica Jurídica (FD-UNC).

Penal: a) Imputabilidad (Etimología, Doctrina, Legislación-Minoridad); b) Culpabilidad; c) Responsabilidad; d) Autoría mediata en el Código Penal Argentino. III. Situación de Excepción: a) Ámbito nacional: Mendoza; b) Ámbito internacional: Uruguay. IV. Conclusión. V. Bibliografía.

Introducción

En esta oportunidad, la elaboración a presentar aborda tres apartados: el primero de ellos tiene como objeto destacar ciertos aspectos afines a la responsabilidad penal del *paterfamilias* en el Derecho romano, su evolución y el tratamiento en las fuentes, temática a la cual se une la consideración de distintas clases de responsabilidad que, si bien corresponden a nociones actuales, ya existían en Roma.

La sección subsiguiente, se encarga de abordar temas tales como la imputabilidad, culpabilidad, responsabilidad y autoría mediata en el Derecho penal, para concluir con referencias a un proyecto de ley iniciado en el año 2018 en la provincia de Mendoza, y un fallo dictado en la República del Uruguay, vinculados a la perpetración de hechos delictivos por parte de menores inimputables, donde -aparentemente- se deja de lado el principio de responsabilidad personal en materia penal.

Cabe destacar que, como base de esta realización, se tuvo en cuenta la recordada "*Tria iuris praecepta*" de Domicio Ulpiano, principios fundamentales del derecho que siguen vigentes en nuestro tiempo, y fueron enunciados en el *Libro Primero del Digesto, Título I*, cuya rúbrica es: "*De la justicia y del derecho*", a través del *fragmento 10*, en el *parágrafo 1*, que dice: "*Los principios del derecho son éstos: vivir honestamente, no hacer daño a otro, dar a cada uno lo suyo*"².

Asimismo, tal manifestación también consta en el *Libro I de Instituta, Título I*, denominado *De la Justicia y del Derecho*, cuyo *parágrafo 3*, señala: "*Los preceptos del derecho son éstos: vivir honestamente, no causar daño a otro, y dar a cada uno lo suyo*"³.

El último principio fundamental contenido en esa tríada, constituye la idea que subyace en el título de este trabajo: "*Peccata suos teneant auctores*⁴...", "*obliguen los delitos a sus propios autores...*", porque lo que le corresponde al autor de un delito es la pena, ya que debe responder por el hecho cometido.

A pesar de esta afirmación, surge en nuestro tiempo, un interrogante, a saber: ¿es en toda situación el autor del delito el responsable por el acto ilícito perpetrado, o es posible que otra persona sea quien deba cumplir con una condena derivada de un hecho en cuya realización no tuvo participación alguna? Justamente,

(2) ULPIANO. *Reglas, Digesto*, 1.1.10.1.

(3) JUSTINIANO. *Instituta*, 1.1.3.

(4) JUSTINIANO. *Código*, 9.47.22.

la presente elaboración muestra una circunstancia que se relaciona con la segunda parte de esta cuestión.

Comenzaremos, entonces, incursionando en la temática de la responsabilidad penal en el ámbito familiar romano.

I. Derecho romano

a) Responsabilidad penal familiar: Evolución. Fuentes

Conforme a lo antedicho, en este primer segmento, se aludirá a la responsabilidad penal dentro de la familia romana, entendida como una *pluralidad de personas que giraban en torno a la autoridad del pater*, quien ejercía un extenso poder sobre sus miembros.

A este jefe de la casa, le fueron concedidos diversos derechos, abanico de prerrogativas susceptibles de ser congregadas en tres categorías, según el modo de distinción del paterfamilias: *como jefe supremo de la religión doméstica, como dueño de la propiedad, o como juez*⁵.

Considerando al *pater* bajo el último aspecto, recordemos que, judicialmente, mientras en la intimidad familiar se constituía en el juez que ejercía la potestad punitiva de manera exclusiva, como *un acto discrecional fundado en su arbitrio*, fuera de la *domus*, el jefe doméstico quedaba a merced del juicio de la ciudad, ya que sólo él podía comparecer ante el tribunal. Es más, el jefe supremo era quien hacía valer los derechos que los miembros bajo su poder hubieran adquirido contra un tercero, y a la vez, perseguía la reparación de los agravios que les fueran causados.

Vista la cuestión desde otro ángulo, es factible denotar que, si un sujeto su-peditado a la potestad de un jefe de familia, llámese hijo/a o esclavo, provocaba daño a un tercero, el *pater* o *dominus* debía indemnizar al afectado por el menoscabo sufrido, "*noxam sarcire*" o "*entregar el dañador al perjudicado*"; circunstancia ésta que se conoció con el nombre de "*noxae deditio*" o "*abandono a la noxa*", vocablo que significaba *daño* y sólo se aplicaba *al delito cuando venía a hacerse responsable de él, no el delincuente mismo, sino un tercero*⁶, según lo explicado. Además, en tal situación, se llamaba "*noxius*" al sujeto *que verificaba dicha entrega a causa de un delito*, y no al autor del hecho.

De este modo, cuando el delincuente estaba bajo el poder paternal, se aplicaba el derecho doméstico, donde todo jefe de familia podía determinar la retribución

(5) CUERDA RIEZU, Antonio. "El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Madrid, Vol. LXII, 2009. (https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho).

(6) MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*, 2da edición, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1999.

que debía entregarse al damnificado, con lo que se salvaguardaban “su persona y sus bienes de la reacción vindicativa que pudiera ejecutar este último”.

Éste es, ciertamente, el germen del remoto sistema de la *nox*, institución del derecho familiar romano a la que alude, entre otros, un pasaje de las *Institutas* de Justiniano, contenido en el *Libro IV, Título VIII*, denominado: “*De las acciones noxales*”, *parágrafo 2*, que expresa lo siguiente: “*Mas por razón muy justa se permitió liberarse de la condena con la dación en noxa (...)*”⁷ .

Dicho instituto, cuyo origen se remonta al Derecho Antiguo, dejó de ponerse en práctica desde el período clásico, en relación a la hija, por causas humanitarias; y en orden al hijo, comenzó a declinar su aplicación durante el Dominado, extinguiéndose en la época del emperador Justiniano, tiempo en el que sólo persistió en orden a los esclavos.

Al respecto, un texto de las *Instituta*, incluido en el *Libro IV, Título VIII*, llamado “*De las acciones noxales*”, en su *parágrafo 7*, manifiesta: “*Pero los antiguos admitieron ciertamente estos principios aun respecto de los hijos de familias, varones y hembras. Mas la moderna cultura de los hombres juzgó con razón que debía rechazarse esta aspereza, y en absoluto se apartó esto del uso común. ¿Pues quién sufriría dar a otro en noxa su hijo, y, sobre todo, su hija, de suerte que, por el abandono de su cuerpo, casi más padezca el padre que el hijo, oponiéndose con razón a esto, respecto de las hijas, hasta la consideración al pudor? Y por esta razón se estableció, que las acciones noxales tan sólo debían ser ejercitadas contra los esclavos, como quiera, que en los antiguos comentaristas de las leyes encontramos dicho muchas veces, que los mismos hijos de familia pueden ser citados a juicio por sus propios delitos*”⁸.

En cuanto a las fuentes romanas que se refieren a la clase de delitos que habilitaban al damnificado al ejercicio de la acción noxal, es factible mencionar a la *Tabla VIII* de la *Ley de las XII Tablas* y al *Libro IV* de las *Instituta* de Gayo.

Así, la ley decenviral, en la *Tabla VIII*, denominada “*De los delitos*”, indica a través de su *regla 8ª*, lo siguiente: “*Disposición que otorga la acción noxal al ofendido por el hurto cometido por el esclavo o el hijo de familia*”⁹ .

Por su parte, las *Instituta* de Gayo, en el *Libro IV, parágrafo 75*, declaran: “*Por los delitos de los hijos de familia y de los esclavos, por ejemplo, cuando hacen un hurto o cometen injurias, se dan las acciones noxales, en virtud de las cuales el padre o el dueño pueden responder pecuniariamente del delito o entregar el cuerpo del delincuente. En efecto, resultaba injusto que la maldad de aquellos hijos y esclavos perjudicara a padres o dueños en más que con perder el cuerpo del delincuente*”¹⁰.

(7) JUSTINIANO. *Institutas*, 4.8.2.

(8) JUSTINIANO. *Instituta*. 4.8.7.

(9) *Ley de las XII Tablas*, *Tabla VIII*.

(10) GAYO. *Inst.*, IV, 75.

Asimismo, las *Institutas de Gayo*, en el Libro IV, párrafo 76, revelan lo siguiente: “Estas acciones noxales están establecidas por las leyes o por edicto del pretor: por la Ley de las XII Tablas en caso de hurto, por la Ley Aquilia en el de daño injusto, por el edicto del pretor en el de injurias o en el de bienes arrebatados violentamente”¹¹.

Debe tenerse presente que, a partir del edicto del pretor, la obligación de carácter penal que competía al *pater* comenzó a ampliarse, hasta terminar *por abarcar a todos los delitos de que hubiera tenido que responder el agente (su hijo) de ser sui iuris*.

Por otra parte, es necesario subrayar que en esta materia se emplea la regla “*noxa caput sequitur*”, traducida como: *el daño sigue al causante*, en orden a la cual resulta ilustrativo el texto de las *Instituta de Gayo*, que en el Libro IV, párrafo 77, dice así: “*Todas las acciones noxales persiguen la cabeza del delincuente. Quiere esto decir que, si tu hijo o esclavo cometen un delito, la acción se dirige contra ti mientras los tienes bajo tu potestad, pero si pasa a la potestad de otra persona, la acción se dirige entonces contra ésta, y si se hacen independientes, contra ellos mismos, desapareciendo entonces la entrega noxal (...)*”¹².

En relación a ello, la fuente justiniana indica en el Libro Cuadragésimo Séptimo del *Digesto*, Título I, denominado “De los Delitos Privados”, a través del fragmento 1 de Ulpiano, párrafo 2, lo que se muestra a continuación: “*No solamente en la de hurto, sino también en las demás acciones, que nacen de los delitos, ya si son civiles, ya si honorarias, está determinado que la noxa siga al individuo*”¹³.

Sólo cabe señalar que, en virtud del principio “*noxa caput sequitur*”, la *responsabilidad pesaba sobre el dominus que lo fuese en el momento de interponerse la acción*. Además, en los casos indicados, la máxima autoridad de la *domus* respondía por la *actio noxalis*, pero no como efecto del deber de guarda y cuidado de los hijos, sino en virtud de la *cohesión de la estructura familiar romana*.

Del mismo modo que las conquistas patrimoniales a las que pudieran acceder los sometidos a potestad recaían en el patrimonio del *pater*, las faltas que uno de los sujetos a potestad pudiera ocasionar, *eran resarcidas por él bajo su entera responsabilidad*.

b) Responsabilidad individual vs. Responsabilidad por el hecho ajeno

Analizando la cuestión mediante el uso de un lenguaje actual, el catedrático Antonio Cuerda Riezu¹⁴, señala que, en el Derecho romano, existe una discrepancia entre el principio de responsabilidad individual y la llamada responsabilidad por

(11) GAYO. *Inst.*, IV, 76. Las referencias 10 y 11 corresponden a la obra *Gaius, Instituciones*, texto latino con una traducción de Álvaro D’Ors, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1943.

(12) GAYO. *Inst.* IV, 77.

(13) ULPIANO. D.47.1.1.2.

(14) CUERDA RIEZU, Antonio. “El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas”, Cit.

hechos ajenos, situación que se remedia, como en otros casos, a través del *sistema de regla -excepción*. La regla consiste en el principio de *responsabilidad penal por el hecho propio*, pero -como excepción- se prevén hipótesis de responsabilidad por el hecho ajeno.

Entre las salvedades a la regla, se encuentra el supuesto del delito de traición o de lesa majestad, para el cual se establece que *los herederos del traidor respondan con sus bienes, que son confiscados a favor de la hacienda pública*; y el supuesto del hurto, donde el fallecimiento del autor, habilita el ejercicio de la acción contra los herederos del mismo para reclamar *el enriquecimiento ilícito o los bienes hurtados*.

También podemos incorporar como ejemplo de responsabilidad por el hecho ajeno, lo anteriormente explicado en torno al ámbito de la punición doméstica, cuando un sujeto -bajo la potestad de un jefe de familia- causa daño a un tercero.

Dentro de esta gama ejemplificativa de salvedades, cabe mencionar asimismo a las infracciones cometidas en el terreno de la disciplina militar, donde se apelaba a la "*decimatio*", con el fin de *recuperar prontamente el orden mediante un terrible escarmiento*; práctica abusiva hoy conocida como "*diezmar*". La misma consistía en *aislar a las cohortes de la legión amotinada y dividirla en grupos de diez soldados. Dentro de cada grupo, se echaba a suertes quién debía ser castigado, y el elegido debía ser ejecutado a golpes y palos por sus propios compañeros*¹⁵. De este modo, se evitaba la muerte de todos los insurrectos.

Dicha práctica tuvo su origen en la época de Apio Claudio, que al parecer la utilizó por primera vez en el año 282 a.C., siendo aplicada con frecuencia, tanto durante la República como el Imperio, y persistiendo durante la Edad Media en la esfera de la *sedición*¹⁶ y otros delitos militares cometidos en el combate.

c) Responsabilidad Objetiva vs. Responsabilidad Subjetiva¹⁷

Inicialmente, las víctimas reaccionaban de manera violenta a raíz del perjuicio sufrido, ejercitando la venganza privada; prevaleciendo *el criterio en virtud del cual bastaba con la comisión material de un hecho para incurrir en responsabilidad*, porque lo que se perseguía era *una reparación por parte del autor material del daño, con independencia de que fuese o no culpable*. Por este motivo se dice, utilizando una terminología moderna, que en el derecho romano más antiguo la *responsabilidad era objetiva*, porque el damnificado practicaba la venganza privada *sin comprobar si quien le ocasionó el daño era capaz de culpa*¹⁸.

(15) *La decimatio: el castigo más salvaje del ejército romano* [https:// www.abc.es/historia/ab-ci-decimatio-castigo-salvaje-ejercito](https://www.abc.es/historia/ab-ci-decimatio-castigo-salvaje-ejercito)).

(16) MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*, Cit. p. 357: "*sedición (seditio) era la insubordinación tumultuaria de una multitud (coetus, conventus) contra la magistratura, aun en el caso de que se negara simplemente la obediencia y el magistrado no pudiera dominar el tumulto*".

(17) En base a la visión del catedrático Cuerda Riezu, Antonio, cit. *supra*.

(18) *Ibidem*.

Al tiempo, se observó que, para la existencia de la responsabilidad, se requería que el *damnum* fuera contrario a derecho, y que se hubiera causado mediando culpa del agente. En consecuencia, se dejó de lado la consideración de la responsabilidad objetiva, y se dio paso a un sistema cuya razón de ser residía principalmente en la culpabilidad del autor del daño. Es por ello que, todo aquél que no sabe lo que hace, no incurre en ningún tipo de responsabilidad, es decir, no responde por los daños que pudiera ocasionar.

En orden a lo precitado, debemos mencionar que en el derecho antiguo nadie podía ser condenado a una pena propiamente dicha a causa de un acto realizado antes de la pubertad o antes de la edad viril; sin embargo, el hecho de aplicar o no una pena dependía de las particulares circunstancias que acompañasen a cada caso concreto, en lo que respecta a si se había tenido o no bastante discernimiento para comprender el delito cometido.

d) Responsabilidad Colectiva vs. Responsabilidad de Carácter Personal

Igualmente, merecen una referencia especial, las primitivas formas de reparación del daño.

Como es sabido, en los tiempos remotos, la sociedad estaba ordenada en grupos, de modo tal, que el daño ocasionado por uno de los integrantes de un grupo a un individuo correspondiente a otro, traía como consecuencia la venganza colectiva ejercitada por la comunidad del ofendido, quedando los miembros de la agrupación del ofensor, solidariamente comprometidos a soportar los resultados.

Ante la situación descrita, la aparición de la “Ley del Talión” implicó una evolución ya que desde allí sólo el agraviado podía practicar su venganza en proporción con el daño sufrido. Así, de la originaria y desmedida venganza privada, se pasó a esta primera limitación, para luego ser relevada por la composición pecuniaria, que inicialmente tuvo carácter voluntario, y más tarde, condición legal.

En consecuencia, la responsabilidad colectiva dio paso a una responsabilidad de carácter personal. En ese sentido, esta responsabilidad conjunta concluyó en los hechos, al mismo tiempo en el que la persona dejó de pertenecer a un grupo; manteniéndose sólo en el caso donde aún conservara una vinculación patrimonial, como en la situación del jefe de la *domus* en orden a los miembros de su familia.

II. DERECHO PENAL

a) Imputabilidad

1) Etimología

Etimológicamente, el vocablo *imputar* proviene del verbo latino *imputare*, que significa *atribuir culpas o delitos a otro*.

2) Doctrina¹⁹

Doctrinariamente, es preciso subrayar que *no existe una noción única y uniforme de imputabilidad*, de allí que se destaquen distintas escuelas de derecho penal con su propia concepción, como la Escuela Clásica, la Positiva y las Eclécticas; sin embargo, sólo mencionaremos el punto de vista de algunos autores en general, comenzando por el insigne maestro pisano *Giuseppe Carrara*, máximo representante de la Escuela Clásica, para quien el término “imputabilidad” debe ser entendido como sinónimo de atribuibilidad, siendo la *imputabilidad moral*, el fundamento de la responsabilidad penal, que tiene su base en el libre albedrío. Esta clase de imputabilidad *expresa la relación de naturaleza psicológica que se extiende entre el autor y el hecho*²⁰. Además, como el hombre tiene la facultad de discernir entre el bien y el mal, él siempre debe dar cuenta de su conducta.

En un ángulo opuesto, se encuentra *Enrico Ferri*, uno de los supremos exponentes de la Escuela Positiva, autor de la tesis doctoral intitulada: «*La teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío*», para quien “*el delito es imputable al delincuente, pero no deseado libremente por éste; en realidad, actúa por causas que física o psíquicamente condicionan su voluntad*”²¹. De este modo, cree que *el delincuente actúa por causas ajenas a su voluntad y que deben buscarse en la sociedad*.

Conforme a lo indicado, la responsabilidad social y también la peligrosidad del delincuente se constituyen en el fundamento de la responsabilidad penal.

Hay quienes sostienen que, en la actualidad, ha sido superado el dualismo descripto, fundándose la imputabilidad penal sobre bases técnicas y pragmáticas²².

Recordando los conceptos vertidos por los insignes maestros de Derecho Penal en Argentina, siglo XX, es factible señalar que, para Sebastián Soler, la imputabilidad es: “*la posibilidad condicionada por la salud y madurez espirituales del autor de valorar correctamente los deberes, y de obrar conforme a ese conocimiento*”²³.

Por su parte, Ricardo C. Núñez, señala que “*la imputabilidad es la condición del delincuente que lo hace capaz de actuar culpablemente, vale decir, con dolo o con culpa*”²⁴.

(19) GAITAN MAHECHA; Bernardo. “La Imputabilidad”, *Nuevo Foro Penal*, 12(13), pp. 518-534 (<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4550>).

(20) BERNAL PINZÓN, Jesús. “Imputabilidad, culpabilidad, responsabilidad”, *Revista de Cátedra Jurídica* N°1. Bogotá. Editorial Diario Jurídico 1956 (<http://publicaciones.eafit.edu.co>)

(21) FERRI, Enrico. *Sociología Criminológica*, Centro Editorial de Góngora, Madrid, 2004 (https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/sociolog%C3%ADa_criminal_-_tomo_i_-_ferri_enrico.pdf).

(22) GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Problema de la imputabilidad*, 1981. (<https://archivos.juridicas.unam.mx.1981>).

(23) SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, La Ley, Buenos Aires, 1970, p. 20.

(24) NÚÑEZ, Ricardo C. *Derecho Penal Argentino*, Omeba, Buenos Aires, 1960, p. 24.

Entre los tratadistas argentinos contemporáneos se encuentra Eugenio Zaffaroni, quien sostiene que *“la imputabilidad es la capacidad psíquica de culpabilidad, es una característica del acto que proviene de una capacidad del sujeto”*²⁵. Para comprender su postura, debe considerarse que tres condiciones han de concurrir necesariamente: *capacidad psíquica de culpabilidad (Imputabilidad); capacidad psíquica del sujeto para ser sujeto del requerimiento o exigencia de comprensión de antijuridicidad, y capacidad psíquica necesaria para adecuar su conducta a esa comprensión*. En caso contrario, cuando no confluyen estas condiciones, aparece un *estrechamiento en el ámbito de autodeterminación del sujeto* y, por ende, surge la inimputabilidad. Dicho catedrático, hace evidente su desacuerdo con la idea de considerar a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad; aunque reconoce y acepta, que esta fórmula es de preferencia para la doctrina argentina en los últimos tiempos.

La teoría del delito imperante desde fines del siglo XIX dividió la estructura del mismo en dos partes precisas, identificadas como elementos objetivos y subjetivos, ubicando la tipicidad y la antijuridicidad dentro de los primeros; en tanto que, lo subjetivo se unificaba en la culpabilidad que *se agotaba con el contenido psicológico del dolo y de la imprudencia*, quedando fuera de los elementos, la imputabilidad; sin embargo, como la teoría sostiene la imposibilidad de obrar con dolo o con imprudencia, sin ser imputable, la imputabilidad es reconocida, a la fuerza, como *“presupuesto subjetivo de la culpabilidad”*.

Por lo tanto, si a un sujeto se le considera con la calidad de inimputable, no podrá ser tenido como culpable. Ésa es la opinión compartida, entre otros, por *Luis Jiménez de Asúa*, quien indica que *“el supuesto primero de la culpabilidad es la imputabilidad del autor”*, a la cual define como *“la capacidad penal, meramente psicológica, en que se basa la culpabilidad”*²⁶.

3) Legislación. Minoridad

Incurriendo en la legislación penal argentina, observamos que el régimen de la imputabilidad está comprendido entre los Artículos 34 y 41 quinquies del Código Penal, dentro del Libro Primero, denominado *“Disposiciones Generales”*, Título V, intitulado: *Imputabilidad*.

Entre esa normativa, el artículo 34 del Código Penal, establece de forma taxativa, la nómina de las causales por las que un individuo puede ser considerado como *“no punible”*, es decir, no responsable.

A su vez, en el Artículo 34, destacamos el inciso 1º, que expresa:

(25) ZAFFARONI, Eugenio R. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1985, pp. 109-120.

(26) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 5ª. Ed. Buenos Aires, 1950, p. 85.

“No son punibles: El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”²⁷.

La transcripción de la disposición precedente, interesa a los fines del desarrollo temático que tendrá lugar en el punto 3 a) de la presente elaboración, especialmente en la parte que dice: *“El que no haya podido en el momento del hecho, por insuficiencia de sus facultades, comprender la criminalidad del acto”*, porque con tales términos se alude, entre otros, a los menores de 16 años.

En la Argentina²⁸, al estilo de la mayoría de los países latinoamericanos, el avance del sistema jurídico en torno a la responsabilidad penal de los adolescentes ha sido lento y se ha constituido en blanco de múltiples controversias.

El foco de la discusión en el caso argentino se centra en el choque entre los sectores que *“reclaman la adopción de desarrollos legislativos de corte verdaderamente garantistas”*, fundados en el proteccionismo de los preceptos de la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989, y aquellas facciones que -con demostraciones de arraigo- recomiendan la baja de la edad de imputabilidad²⁹.

Las leyes que han ido regulando la temática, son: *la Ley N°10903, Ley del Patronato de Menores*, promulgada en octubre del año 1919, y conocida con el nombre de ley de Agote, por Luis Agote, su precursor; regulación que *“consideraba a los menores como objetos de tutela y no como sujetos de derecho”*.

Esta regulación de tendencia tutelar, se distinguió por conferir a los jueces amplias facultades para decidir en orden a los menores de edad, autores de una infracción o delito, o que estuvieran inmersos en una realidad de desamparo. Debe considerarse, que en algún momento los niños y adolescentes, sólo contaron con las garantías que obedecían al arbitrio del juzgador.

Asimismo, en noviembre de 1989 tuvo lugar la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, ratificada por Argentina, que entró en vigor en 1991.

Tiempo después, en octubre de 2005, entró en vigor la Ley Nacional N°26061, *Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes*, mediante

(27) El resaltado nos pertenece.

(28) SUÁREZ HERNÁNDEZ, Sheyla. *Imputabilidad y Responsabilidad penal de los adolescentes. Una aproximación a su tratamiento en Colombia y en el escenario Latinoamericano* ([http:// pensamiento penal.com.ar](http://pensamiento.penal.com.ar)).

(29) Justamente, en la República Argentina, *“el gobierno lanzó en febrero de 2019, el proyecto de ley Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, proponiendo la baja de edad de imputabilidad de 16 a 15 años para delitos graves”* (comentario extraído del artículo *“Bajar la edad de imputabilidad en Argentina: un debate vigente”*, <https://untref.edu.ar>).

la cual se adjuntaron al ordenamiento jurídico nacional “*los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del niño*”. A partir de este momento, los menores comenzaron a ser considerados sujetos de derechos, y entre las prerrogativas destacamos particularmente dos: que “*las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos*”; y que siempre ha de primar “*el principio del interés superior del niño, niña y adolescentes*”.

Sin ánimo de disminuir la importancia de esta Ley de Protección Integral, es esencial advertir que en Argentina, aún no ha sido modificado el Régimen para la responsabilidad penal de los adolescentes, el cual continúa asentándose en el “*Régimen Penal de la Minoridad*”, correspondiente al año 1980, y que registra una sola variación, la de 1983, al tiempo de sancionarse la Ley N° 22803; cuerpo normativo que se complementa con la aplicación del Código Penal de la Nación Argentina, que data de 1984.

b) Culpabilidad

Existe un principio general en el ámbito penal que se expresa: *nullum crimen sine culpa*, es decir, No hay delito sin culpa, lo cual indica que no hay delito sólo por el hecho producido causalmente; sino que es necesario remontarse a la actitud psíquica del autor, al elemento moral que acompaña al hecho exterior.

Por aplicación de este principio, sólo es factible perseguir y castigar penalmente, a quien intervino en la comisión de un delito por un hecho propio, con dolo o culpa, y con una motivación racional normal. Asimismo, determina que *la culpabilidad es un presupuesto y un límite de la pena*.

Por ello el principio de culpabilidad limita el derecho penal a los hechos propios realizados por un ser racional culpablemente (dolo o culpa) y *establece el marco justo, preciso y equitativo de la pena*.

Si bien el principio de culpabilidad no se encuentra expresamente establecido en la Carta Magna Argentina, se considera que surge *de los principios de legalidad e inocencia previstos en el artículo 18 de nuestra norma fundamental y del principio general de dignidad humana*.

c) Responsabilidad

Cuando se trata sobre la responsabilidad en materia penal, es necesario distinguir la responsabilidad objetiva de la subjetiva. Mientras la primera de ellas, también conocida como *responsabilidad penal por el solo resultado*, propia de los comienzos del derecho penal, *se conforma con la mera comprobación del nexo de causalidad material*; la segunda, *indaga además en aspectos subjetivos del comportamiento que le permiten precisar la pertenencia del acto delictivo al sujeto*.

d) Autoría Mediata en el Código Penal Argentino

La autoría mediata tiene lugar cuando un sujeto realiza el tipo delictivo valiéndose de otro como instrumento que será quien lo ejecutará. Son aquellas situaciones que se configuran como *supuestos de dominio de la voluntad*³⁰, donde el hecho debe presentarse como *obra de la voluntad rectora del "hombre de atrás"*³¹, que es quien debe congregar todas las características singulares de la autoría (objetivas y subjetivas).

En esta situación cabe precisar que si el presunto instrumento es enteramente responsable, la corriente tradicional ha estimado que la autoría mediata no tiene lugar.

Entre los casos mencionados por la doctrina mayoritaria, se cuenta el del "instrumento que obra sin culpabilidad", en el cual se distingue como uno de sus supuestos, el del "instrumento inimputable".

Se encuentra en situación de instrumento inimputable, a modo de ejemplo, el menor de 16 años de edad, en cuyo caso, si el inimputable ha conservado el dominio del hecho, a pesar de su inimputabilidad, sólo habrá instigación.

Normativamente, el tipo delictivo tiene regulación en la parte final del artículo 45 del Código Penal, contenido en el Libro Primero, Título VII, cuya leyenda es "Participación Criminal"; disposición que expresa lo siguiente: "*Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo*".

El tema de la autoría mediata ha sido precedentemente explicado, para señalar -de antemano- que las situaciones a las que se aludirán en el próximo apartado no están comprendidas en esta figura delictiva.

III. Situación de excepción³²

a) *Ámbito Nacional: Mendoza*

Al concluir el primer semestre del año 2018, en la provincia de Mendoza, fueron presentados en la Legislatura Provincial, dos proyectos de ley instados por el Poder Ejecutivo mendocino, con el objeto de alcanzar la modificación integral del sistema que rige a niños, niñas y adolescentes en conflicto con la justicia.

(30) LASCANO, Carlos J. (h) y otros. *Derecho Penal Parte General*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2005. Lección 15: Participación Criminal (escrita por Fabián Balcarce), p. 536.

(31) *Ibidem*.

(32) En este trabajo señalaremos sólo a modo de ejemplo dos situaciones.

Una de las iniciativas se refirió al *Régimen Jurídico de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes (NNA)*, que generó la sanción de la ley N°9139/18; en tanto que la otra, a la que se hará una somera referencia por su enlace con esta elaboración, versó sobre la *Responsabilidad Penal Juvenil*, proponiendo, entre otras variantes, *responsabilizar a los padres (y madres) de menores de 16 años que cometan delitos*³³.

Se trató, entonces, de un polémico proyecto llevado adelante en la Casa Legislativa local, por la diputada Marcela Fernández, mediante el cual se pretendió que los progenitores “*paguen por los delitos de sus hijos*”, ya que la iniciativa estableció que debían otorgar un resarcimiento económico “proporcional al daño” causado por los menores o en su defecto, se les asignaría «*tareas comunitarias*»; determinación basada en la necesidad de que los padres tomen conciencia y asuman el rol que les corresponde.

De esta manera, los progenitores serían responsables *en todos los tipos de daños que no impliquen la internación, es decir, privación de la libertad*.

A modo de observación, cabe subrayar que en caso de aprobarse la ley, las consecuencias del delito cometido por el menor de 16 años -que es inimputable- en los hechos, se trasladarían a los padres, a quienes se les impondría, en última instancia, una especie de “*probation*” (suspensión del juicio a prueba), y subrayamos la palabra “*especie*”, porque la *probation* como tal debe ser cumplida, según lo indicado por el Artículo 76 bis del Código Penal Argentino por el *imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años*, y apunta a la *necesidad de resocialización de quien delinque*; en cambio, en la situación planteada, se aplicaría de manera diversa.

b) Ámbito Internacional: Uruguay

Por su parte, en la República Oriental del Uruguay, desde hace varios años, algunas madres de niños y adolescentes resultaron encarceladas *por culpa de un hijo que, siendo menor de edad, ha cometido un delito*.

Tiempo atrás, en el 2013, tuvo lugar en la sociedad uruguaya un caso resonante, de gran conmoción pública, que vinculó a tres menores, de 11, 13 y 15 años edad³⁴, con el asesinato de un repartidor de supergás, episodio de asalto y muerte que concluyó con la privación de libertad de las tres madres cuyos hijos participaron en dicho asalto.

(33) FIOCHETTA, Mariano. *El gobierno quiere responsabilizar a los padres de menores que delinquen* (www.sitioandino.com.ar).

(34) Los autores -a la fecha del artículo base de la información, año 2015- permanecían internados “*en el Instituto y en el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente*”.

Para el juzgamiento de las progenitoras, el juez que intervino en la causa³⁵, se basó en la figura de la patria potestad, por cuanto argumentó *“que no ejercieron debidamente, con un mínimo de responsabilidad, el control de las conductas de sus hijos, comprometiendo seriamente el desarrollo y salud mental de los mismos”*, conforme a lo dispuesto por el Código Penal Uruguayo en el Libro II, Título X, denominado *“De los delitos contra las buenas costumbres y el orden de la familia”*, cuyo Capítulo VI, llamado *“Omisión de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad y la tutela”*, establece en su Artículo 279 B, lo siguiente: *“El que omitiere el cumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad poniendo en peligro la salud moral o intelectual del hijo menor, será castigado con tres meses de prisión a cuatro años de penitenciaría”*³⁶.

Cabe señalar que mediante la citada figura delictiva *“se tutela a la familia, como objeto especial, y a la sociedad en su conjunto, en calidad de sujeto pasivo, como titular de los sustanciales intereses jurídicos sobre la familia, célula básica del conglomerado social”*³⁷.

A partir del hecho criminal referido, varias madres han sido enviadas a la cárcel, *“pese a que los legisladores han endurecido las penas contra los menores de edad infractores”*.

Como singularidad se aprecia entonces que, las madres son las únicas que han sufrido la pena, por cuanto ningún padre ha sido encarcelado, ya que los magistrados sostienen que lo hacen porque los jóvenes son apegados a ellas y que -al verlas en la prisión- *“debieran cambiar”*.

Por su parte, los fiscales, en las distintas causas, manifiestan que *estos fallos son medidas ejemplificadoras*.

Al respecto, también resulta interesante reproducir la opinión de la Ab. Alicia Deus, Presidenta del Colectivo Infancia Adolescencia Ciudadana (IACi), Cooperativa de Abogadas, constituida para la promoción de los derechos de niñas, niños y adolescentes, con sede en la ciudad de Montevideo, Uruguay. La precitada representante de esa entidad, manifestó en ocasión de una entrevista³⁸, que la Patria Potestad, como *“conjunto de facultades que tienen los padres, orientadas a una finalidad que es el cuidado, la protección y el desarrollo pleno de los niños”*, es un concepto que proviene de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en la cual se establece la corresponsabilidad de las sociedades y el Estado, teniendo este último la obligación de *brindar a los ciudadanos las condiciones necesarias para que esos padres puedan cuidar; ahí aparece el Estado, porque si no, la gente queda librada a sus posibilidades y a veces no las tiene*.

(35) Fue el Juez letrado de 1ª instancia en lo Penal del 13er Turno, Homero da Costa.

(36) Código Penal de Uruguay, Artículo 279 B.

(37) BAYARDO BENGOA, Fernando. *Omisión de los deberes inherentes a la Patria Potestad*, Universidad de la República, 1977 ([http:// poderjudicial.gub.uy](http://poderjudicial.gub.uy)).

(38) MALCUORI, Genoveva - PUJOL, Patricia. *Entrevista con la Ab. Alicia Deus, presidenta del Colectivo Infancia Adolescencia Ciudadana* ([https:// ladiaria.com.uy/21/08/2013/desmadre](https://ladiaria.com.uy/21/08/2013/desmadre)).

Ciertamente, el texto del artículo 18 inciso 2 del Acuerdo, indica: *“A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”*.

Por otro lado, invocando la normativa penal nacional, la Ab. Deus señaló que el delito de omisión al cumplimiento de la patria potestad comprendido en el artículo 279 B del Código Penal uruguayo, incorporado en el año 1974, *no es una cosa nueva*. No obstante, que manden presas a las mujeres por hechos cometidos por sus hijos, *“es una cuestión difícil. Otra cosa es que haya una participación directa, incitación a delinquir o maltrato directo de los niños; en casos de ese tipo ha habido procesamientos. Pero esto es como culparlas por algo que cometieron los hijos. Los delitos penales requieren conciencia y voluntad de cometerlos; es la cuestión básica para el Derecho Penal”*³⁹.

Es necesario señalar que, en el precitado país, se sancionó por Ley N° 17823 del 7 de septiembre de 2004, el Código de la Niñez y Adolescencia (para derogar al Código del Niño de 1934) en el cual se dispone -conforme a su Artículo 1- que *“es de aplicación a todos los seres humanos menores de dieciocho años de edad”*; y que *“se entiende por niño a todo ser humano hasta los trece años de edad y por adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad (...)”*.

Como dato a tener en cuenta, debe recordarse que, en octubre de 2014, al tiempo en que el pueblo uruguayo concurría a las urnas para elegir a las máximas autoridades nacionales, tanto ejecutivas como legislativas, participaba de un plebiscito a los fines de bajar la edad de imputabilidad de 18 a 16 años.

Técnicamente, se trató de un plebiscito aprobatorio tendiente a la reforma constitucional, para que en el texto de la misma se estableciera en 16 años la edad de imputabilidad; fue un plebiscito de iniciativa unilateral, en el cual debía votarse por SI, o no votar por SI; por ende, faltaba la opción NO, porque de tal manera está regulado el procedimiento para la manifestación de voluntad. Todo concluyó con el rechazo de la propuesta, en las urnas, por cuanto sólo el 45% de la población estuvo a favor⁴⁰.

Recabando en otra opinión acerca del estado de encarcelamiento de las madres de los menores, se ha sostenido que *en la sociedad la responsabilidad del cuidado de los hijos está puesta en las mujeres. Socialmente reprobamos a la mujer que no cuida a los hijos. Cuando el hombre se borra nadie lo culpabiliza, nadie lo sanciona ni siquiera como condena social*⁴¹.

(39) Ibidem.

(40) Uruguay: *Fracasó el plebiscito para bajar la edad de imputabilidad*, 27 de octubre de 2014 (<https://www.lacapital.com.ar/elmundo>).

(41) *Polémica por madres que van presas por sus hijos delincuentes* (<https://www.emol.com/noticias/tendencias/2015/03/09>).

Un paso más adelante pretende darse en materia legislativa, en relación a este tema. Lo que se propone es *procesar a los padres por delitos de menores en todos los casos*, ya que el precitado delito previsto por el Código Penal, *omisión al cumplimiento de la patria potestad, ha sido aplicado por algunos jueces en casos (situaciones) que involucran a menores*.

IV. Conclusión

Mientras que en el derecho romano, el *parterfamilias* debía indemnizar al afectado por el menoscabo sufrido a raíz del delito cometido por el *filius* o *filia* bajo su patria potestad, en virtud de la *"cohesión de la estructura familiar"*, pudiendo deslindarse de dicha responsabilidad mediante el llamado *"abandono a la noxa"*; en el año 2018, se pretendió -en el orden provincial mendocino-, a través de un proyecto legislativo que no trascendió, dejar de lado el principio de responsabilidad personal en materia penal, comprometiéndolos pecuniariamente a los padres, o en su defecto, asignándoles *"tareas comunitarias"*, a causa de los delitos cometidos por los hijos inimputables, siempre que no implicaran privación de la libertad, y como resultado del deber de guarda y cuidado que sobre ellos corresponde a los progenitores, en el ejercicio de la llamada responsabilidad parental.

Como puede advertirse, hay cierta similitud entre lo dispuesto por el antiguo derecho y la propuesta legislativa de la provincia cuyana, en el primer caso, para el *paterfamilias*, y en el segundo, para los padres del autor del hecho delictivo, ya que se ordena que *"pague o abandone noxalmente"*, y que *"paguen o cumplan una 'especie' de probation"*, por su orden; lo cual implica que, en ambas situaciones, se está haciendo responsable, no al autor del delito, sino a un tercero.

Sin embargo, donde se divisa de una manera más tajante la excepción al principio *"Peccata suos teneant auctores"*, es en el caso del juzgamiento de las progenitoras de la República Oriental del Uruguay, derivado de los fallos que fueron considerados como medidas ejemplificadoras, y que datan de 2013, donde el fundamento estuvo en la figura de la patria potestad, al que le acompaña un soporte más: la *"omisión de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad"*, de modo tal que se puso en peligro la salud moral o intelectual del hijo menor inimputable.

Finalmente, cabe señalar que esta elaboración, basada en la regla: *"Obliguen los delitos a sus propios autores"*, cimentada a su vez en el principio: *"Dar a cada uno lo suyo"*, surgió pensando en la espinosa realidad por la que atraviesa nuestra *"tierra del fin del mundo"*, por cuanto cada día resulta menos sorprendente que los episodios delictivos contra la propiedad ajena, tengan por autores a niños de escasa edad o adolescentes, circunstancia que ante la pretendida reforma del Código Penal Argentino llevó al gobierno nacional de la gestión imperante desde 2016 a 2019 a señalar la conveniencia de disminuir la edad de imputabilidad, de 16 a 14 años.

Lejos de realizar toda valoración en torno a este último detalle, y a lo establecido en el proyecto de ley mencionado, como así también, en la sentencia pronunciada por jueces uruguayos, esta elaboración sólo tuvo por objeto mostrar la existencia de excepciones, una de ellas, pretendida, y la otra, real, al principio contenido en su título.

V. Bibliografía

BAYARDO BENGOA, Fernando. *Omisión de los deberes inherentes a la Patria Potestad*, Universidad de la República, 1977 ([http:// poderjudicial.gub.uy](http://poderjudicial.gub.uy)).

BERNAL PINZÓN, Jesús. "Imputabilidad, culpabilidad, responsabilidad", *Revista de Cátedra Jurídica* N°1. Bogotá, Editorial Diario Jurídico 1956 ([http:// publicaciones.eafit.edu.co](http://publicaciones.eafit.edu.co)).

CUERDA RIEZU, Antonio. "El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Vol. LXII, 2009, Madrid ([https:// www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho)).

FERRI, Enrico. *Sociología Criminológica*, 22/05/2013 (<http://sociologycriminology.blogsót.com>).

FIOCHETTA, Mariano. "El gobierno quiere responsabilizar a los padres de menores que delinquen", 07/05/2018 (www.sitioandino.com.ar)

FUSTEL DE COULANGES, Numa. *La Ciudad Antigua*, Editorial Porrúa, México, 1986.

GAIVS, *Instituciones*. Texto latino con una traducción de Álvaro D'Ors, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1943.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildfonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Biblioteca Jurídica Virtual-UNAM ([https:// bibliojuridicas.unam.mx/](https://bibliojuridicas.unam.mx/)).

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El Problema de la imputabilidad*, 1981 (<https://archivos.juridicas.unam.mx>).

LASCANO, Carlos J. (h) y otros. *Derecho Penal Parte General*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2005.

MALCUORI, Genoveva - PUJOL, Patricia. Entrevista con la Ab. Alicia Deus, presidenta del Colectivo Infancia Adolescencia Ciudadana ([https:// ladiaria.com.uy/21/08/2013/desmadre](https://ladiaria.com.uy/21/08/2013/desmadre)).

MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*, 2da edición, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1999.

SHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*, Traducción directa de la edición inglesa por José Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1960.

SUÁREZ HERNÁNDEZ, Sheyla. *Imputabilidad y Responsabilidad penal de los adolescentes. Una aproximación a su tratamiento en Colombia y en el escenario Latinoamericano* ([http:// pensamiento penal.com.ar](http://pensamiento penal.com.ar)).

VON IHERING, Rudolf. *El Espíritu del Derecho Romano*, Tomo II, Librería Editorial de D. Carlos Bailly- Baillie, Madrid, 1891.

"Nadie está libre de que sus hijos cometan alguna barbaridad". Entrevista a Emilio Calatayud, Juez de Menores de Granada ([http:// elpaís.com/diario/2005/04/03/domingo/](http://elpaís.com/diario/2005/04/03/domingo/)).

Uruguay: “Fracasó el plebiscito para bajar la edad de imputabilidad”, 27 de octubre de 2014 (<https://www.lacapital.com.ar/elmundo>).

“La decimatio: el castigo más salvaje del ejército romano”, 11 de enero de 2018 (<https://www.abc.es/historia/abci-decimatio-castigo-salvaje-ejercito>).

“Polémica por madres que van presas por sus hijos delincuentes” (<https://www.emol.com/noticias/tendencias/2015/03/09>).

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN*

GESTATION BY SURROGACY

*Mónica Assandri** Laura Calderón****

Resumen: En el marco del derecho de familia vigente, se examina sobre la base de un análisis comparativo de la jurisprudencia nacional, derecho y jurisprudencia extranjera, si reglamentar en nuestro país “la gestación por sustitución” brinda mayor seguridad, igualdad y protección jurídica a las personas que recurren a estas técnicas o se sigue dejando librado a la discrecionalidad judicial el reconocimiento de este derecho fundamental “a intentar ser progenitores en virtud de una de las técnicas de reproducción humana asistida”, para concluir, asumiendo la necesidad de su regulación a los fines de brindar protección y justa composición de intereses de todos los involucrados.

Palabras-clave: Gestación por sustitución - Regulación - Igualdad real - Protección jurídica.

Abstract: Within the framework of current family law, it is examined on the basis of a comparative analysis of national jurisprudence, foreign law and jurisprudence, whether regulating in our country “surrogacy” provides greater security, equality and legal protection to people who resort to these techniques or the recognition of this fundamental right “to try to be parents by virtue of one of the assisted human reproduction techniques” is still left to judicial discretion, to conclude, assuming the need to regulate it for the purposes to provide protection and a fair composition of interests of all those involved.

Keywords: Gestation by surrogacy - Regulation - Real equality - Legal protection.

Sumario: I. Planteamiento y formulación del problema de investigación. II. Relevamiento y comparación criterios jurisprudenciales nacionales. III. Derecho comparado. IV. Situación legislativa argentina. V. Conclusiones.

* Trabajo recibido el 10 de agosto de 2021 y aprobado para su publicación el 9 de septiembre del mismo año. Corresponde a un trabajo de investigación presentado en la asignatura Derecho Comparado correspondiente a la carrera Maestría en Derecho Civil Patrimonial. Secretaria de Posgrado de la Facultad de Derecho de Universidad Nacional de Córdoba (FD-UNC).

** Abogada. Especialista en Derecho de Familia por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora por concurso de: Privado I (Parte General Civil y Comercial), Privado VI (Familia y Sucesiones), I.E.C.A. (Introducción a los Estudios de la Carrera de Abogacía) de la FD-UNC. Profesora en la Universidad Siglo 21 en la Carrera de Posgrado Especialización en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia. Investigadora categorizada de la SECyT UNC. Mail: moassandri@hotmail.com

*** Profesora Derecho Privado III de la Facultad de Derecho de UNC. Profesora experta en Derecho Privado II, III Y IV de la Universidad Siglo 21. Investigadora categorizada de la SECyT UNC.

I. Planteamiento y formulación del problema de investigación

El planteo del tema surge ante la abstención del Código Civil y Comercial de la Nación en regular “la gestación por sustitución”, advirtiendo ante el silencio legislativo, la necesidad de relevar y comparar, en primer lugar, los distintos criterios jurisprudenciales utilizados por nuestros jueces para resolver esta problemática ante la falta de regulación¹, para luego en segundo término, analizar y comparar el derecho y resoluciones judiciales de los países extranjeros², lo que nos permitirá finalmente evaluar si es razonable y eficaz legislar en nuestro país “la gestación por sustitución” y resolver la necesidad social y el vacío que hoy en día tiene nuestro derecho o, en su defecto, si seguimos dejando en manos de los jueces el reconocimiento de este derecho fundamental. Definimos, la gestación por sustitución como “una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominada comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”³. Para ello se recurre a las denominadas técnicas de reproducción humana asistida⁴ (TRHA) entendidas como “los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones” (artículo 2 de la ley 26862).

Destacamos que la Organización Mundial de la Salud (OMS) incluye dentro de los procedimientos de Técnicas de Reproducción Humana Asistida a la Gestación por Sustitución (GS)⁵, expresando que Gestante subrogada es la mujer que lleva

(1) SAAVEDRA VELAZCO, Renzo A. *El método y el rol de la comparación jurídica. Observaciones en torno a su impacto en la mutación y en la adaptación jurídica*, Advocatus, S.I., n.025, pp. 193-244. Lima, 2011. “(...) En relación a la tarea comparativa, el autor destacado consigna que “tendremos productos nacionales” con baja calidad (o poco “valorados” dentro del mercado) o “productos extranjeros” que se perciben como valiosos y de calidad (normas, figuras doctrinales o fórmulas jurisprudenciales).

(2) RODIÉRE, René. *Introduction au Droit Comparé*, Précis Daloz, Toulouse, France, 1979, p. 47; PIÑA, María del Carmen. “Utilidad y valor del método comparado”, *Cuaderno de Derecho Comparado*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, T II, 2019, p. 111.

(3) LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *Observatori de Bioètica i Dre*, Barcelona, 2012, pp. 24-27. “(...) La maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Madre significa mucho más que matriz y que parto. El estado de madre es un proceso que se inicia desde antes de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (etapa de querer ser madre) y se prolonga por mucho tiempo después del advenimiento del hijo (etapa de tener que ser madre)”, pp. 25-26.

(4) Técnica de reproducción humana asistida, en adelante, TRHA.

(5) Concretamente dice que Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) son todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado. TRA no incluye inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante.

adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros.

En conclusión, la investigación se subsume en el siguiente enunciado: determinar sobre la base de un análisis comparativo de la jurisprudencia nacional, derecho y jurisprudencia extranjera si reglamentar “la gestación por sustitución” brinda mayor seguridad, igualdad y protección jurídica a las personas que recurren a estas técnicas o seguimos dejando librado a la discrecionalidad judicial el reconocimiento de este derecho fundamental “a intentar ser progenitores en virtud de una de las técnicas de reproducción humana asistida”⁶.

II. Relevamiento y comparación criterios jurisprudenciales nacionales

En nuestro país no se encuentra legislada “la gestación por sustitución”⁷, en consecuencia, relevaremos las interpretaciones que los jueces argentinos hacen respecto de esta técnica y compleja situación, es importante poner de relieve que la gestación por sustitución es una práctica que se realiza; que es la única forma de viabilizar el proyecto de paternidad-maternidad en determinados casos; que en nuestro país al estar reconocido el derecho de personas del mismo sexo a contraer matrimonio, se otorga plena legalidad al derecho a formar una familia y acceder a la paternidad-maternidad⁸.

El problema presenta diferentes aristas, ya sea que el embrión provenga del material genético de quienes otorgaron su voluntad procreacional o de terceros, pero en todos estos casos el objetivo principal es cambiar el vínculo que nace del parto y establecer la filiación exclusivamente por la voluntad procreacional independientemente del embarazo⁹.

(6) SAMUEL Geoffrey (2014). *Introducción al Método y Teoría del Derecho Comparado* [An Introduction to Comparative Law Theory and Method.], Hart Publishing, Oxford and Portland. La traducción del original al castellano (o español) fue realizada por la autora, razón por la cual dicha traducción no se considera una cita textual, sino una paráfrasis y es el motivo por el cual el párrafo traducido no se entrecomilló. En María del Carmen Piña: “Nuevas teorías y otros valores en el Derecho Comparado”, cita textual de Samuel: “(...) Discute los problemas y promesas, fortalezas y debilidades de la comparación jurídica, además de exhibir la importancia de formular una adecuada pregunta de investigación para evitar algunos peligros en el acto comparativo”, p. 3.

(7) Código Civil y Comercial de la Nación Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación, redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011. Ricardo Luis Lorenzetti (Presidente) Elena Highton de Nolasco, Aída Kemelmajer de Carlucci. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2012, p. 570.

(8) MIGNON, María Belen. “Gestación por sustitución: vigilar y castigar o regular acercando el derecho a la realidad en pos del interés superior del niño”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de doctrina y Jurisprudencia*, Directoras Grosman, Cecilia, Lloveras Nora, Kemelmajer de Carlucci Aída, Herrera Marisa, 2015-III- Junio 2015, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 289.

(9) En definitiva, las TRHA involucran una disociación del elemento genético, el elemento biológico y el elemento volitivo en distintas personas, siendo este último el decisivo en la determi-

Por lo general, los planteos que llegan ante los estrados pueden ser: posteriores al nacimiento -es decir, con el hecho ya consumado- solicitándose que se ordene la inscripción del recién nacido a favor de los comitentes, o bien preceden al nacimiento y/o a la TRHA en sí, solicitando autorización para la transferencia embrionaria y la inscripción del nacido con vida a favor de los comitentes, los que son resueltos por la justicia a la luz de diferentes criterios, los cuales desarrollaremos a continuación, destacando que todas las resoluciones contemplan los derechos fundamentales de raigambre constitucional, como el derecho a la libertad reproductiva, a la vida, a la procreación, a la formación y consolidación de una familia, igualdad ante la ley y al goce de las nuevas tecnologías, los intereses de los niños y niñas nacidos de la gestación por sustitución y su derecho a ser emplazados como hijos/as de quienes poseen la voluntad procreacional.

Para ello vamos a analizar y comparar los diferentes precedentes jurisprudenciales que se han dictado en nuestros Tribunales, atendiendo a dos criterios, los que consideran que la gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida permitida y los que sostienen que la gestación por sustitución no está prevista en el CCC.

1. Criterios jurisprudenciales que consideran que la gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida compleja permitida por el CCC

En primer lugar, estas resoluciones afirman que “la gestación por sustitución” debe ser considerada como una de las diferentes prácticas de fertilización asistida, tanto desde un punto de vista legal, como desde una perspectiva médica. Desde lo legal implica la existencia de una “voluntad procreacional¹⁰⁰”, elemento estructural

nación de la filiación. Se impone una realidad socioafectiva, determinada por el aporte del elemento volitivo, por sobre una realidad puramente genética.

(10) GIL DOMINGUEZ, Andrés. *La Voluntad Procreacional como derecho y orden simbólico*, Ediar, Buenos Aires, 2014, p. 12. “La voluntad procreacional” en los términos del art. 562 del CCC, como ese “deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas”.

Por su parte la jurisprudencia ha definido la voluntad procreacional como “(...) el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza. por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida es la típica fuente de creación del vínculo”, Causa: NNODG M B M S/Inscripción de nacimiento - Juzgado Nacional de 1o Instancia en lo Civil no 86 de fecha 18/06/13.

Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 83 • 25/06/2015 • N.N. O s/ inscripción de nacimiento • DFyP 2015 (octubre), 218 con nota de Aníbal Filippini DFyP 2016 (febrero), 223; •AR/JUR/24326/2015.

El Código Civil y Comercial (ley n°26449), recientemente sancionado prevé conforme surge del artículo 558 del mismo que la “filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción asistida o por adopción”, en función de ello corresponde ponderar este nuevo ordenamiento legal a fin de resolver el pedido de inscripción de nacimiento de una niña mediante la técnica procreacional de maternidad subrogada.

de la filiación derivada de este tipo de prácticas, de acuerdo a lo que dispone el artículo 562 del CCC. Por su parte, desde lo médico, sólo es posible de realizar con la asistencia de los profesionales especializados en estas prácticas, ya que se descarta una gestación por la vía de relación sexual¹¹.

Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 102 • 18/05/2015 • C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/impugnación de maternidad. • LA LEY 25/06/2015, 5 LA LEY 2015-C, 522 RCCC 2015 (julio), 91 DFyP 2015 (noviembre), 208 con nota de Sabrina M. Berger, Jorge Nicolás Lafferrière y Ludmila Viar • AR/JUR/12711/2015.

La acción de impugnación de maternidad deducida por los padres biológicos de una niña contra la madre gestante, quien aceptó de forma libre y espontánea que el óvulo fecundado con el material genético de aquéllos fuera implantado en su cuerpo, debe admitirse y, en consecuencia, desplazarse del estado de madre a esta última y emplazar a la genética, en tanto la circunstancia de que la niña haya sido deseada por aquellos, quienes asumieron y ejercieron la responsabilidad parental desde su nacimiento, hace a su interés superior, el que se complementa con su realidad biológica y su derecho supremo a la identidad.

(11) *Juzgado de familia de 2.ª Nom. de Córdoba*, “R., L. S. Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION” (expte. n°3447358), 22/11/2017. Juez: Gabriel Tavip: “También se encuentra comprendido el derecho a la salud, en este caso con el derecho a la salud reproductiva, ya que sólo recurriendo a esta técnica L. S. y H. M. podrán hacer viable este derecho (...). Finalmente se encuentra en pugna su derecho a la igualdad y a la no discriminación, ya que se les debe posibilitar el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida en similares condiciones que a otras personas, que también tienen limitaciones para lograr un embarazo”.

Juzgado de Familia de 6 Nom de Córdoba “F., C. Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION” 13/8/2019 “(...) considero concluyente aseverar que aun cuando pueda entenderse que no obstante sus especiales características no se puede excluir a la GS como una especie de TRHA, en cualquiera de las dos posiciones en que nos ubiquemos, se coincide en sostener igualmente la necesidad de una regulación independiente y especial que otorgue garantías y tutele todos los delicados y dignos intereses en juego... En suma, en esta tercera fuente filial reconocida por el art. 558 (primer párrafo) del CCC la determinación de la filiación se vincula de forma directa con el ‘querer ser’ progenitor. “*En pocas palabras, podemos decir que la llamada voluntad procreacional entonces no es más ni menos que el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza y se plasma mediante el otorgamiento del consentimiento libre e informado. Para decirlo de otro modo, la paternidad/maternidad genética se ha visto suplida por el consentimiento como fuente concluyente de la filiación legal (...)*” (cfr. C., G. J. s/Informació Sumaria • Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza • 15/12/2015 • C.M.E.y.J.R.M. s/ inscripción nacimiento • Sup. Doctrina Judicial Procesal 2016-1, 39 • AR/JUR/58729/2015.

La acción declarativa de certeza opuesta a fin de determinar la filiación de tres niños recién nacidos concebidos mediante una técnica de reproducción asistida resulta el camino adecuado para petionar, pues se trata de varias personas que, de manera conjunta y sin intereses contrapuestos, se presentan ante la justicia para que se determine la verdadera filiación cuando se utilizó la subrogación de un vientre, máxime cuando en el nuevo Código Civil y Comercial -t.o. Ley 26994-, la figura jurídica de la gestación por sustitución o maternidad subrogada está prevista, requiriendo entonces los peticionantes de una respuesta jurisdiccional que se adecue a su realidad familiar y la de los recién nacidos. BuenosAires,13/08/2015. MCJuz.Civ.N°. Poder Judicial de la Nación en <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/DispForm.aspx?ID=631&source=https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/FJuzgado de Familia N° 1 de Mendoza> • 15/12/2015 • C.M.E.y.J.R.M. s/ inscripción nacimiento • Sup. Doctrina Judicial Procesal 2016-1, 39 • AR/JUR/58729/2015.

Juzgado de Familia de Gualeguay • 19/11/2013 • B.M.A. c. F.C.C.R. s/ ordinario • LL Litoral 2014 (abril), 324 • AR/JUR/89976/2013.

Un niño debe ser inscripto como hijo de quienes donaron el material genético para su gestación por una tercera mujer -maternidad subrogada-, pues se comprobó el vínculo biológico y la voluntad

En este sentido, uno de los argumentos que se repite en las diversas resoluciones en materia de gestación por sustitución es que en virtud del principio de legalidad consagrado por nuestro artículo 19 de la Constitución Nacional, todo aquello que no está prohibido, está permitido. La falta de regulación explícita de la gestación por sustitución viene a dar lugar a una situación que puede caracterizarse como de “alegalidad” entendida como la cualidad que presenta aquello que no está regulado ni prohibido, está implícitamente permitida. En consecuencia, su reconocimiento resultaría coherente con la regulación de la voluntad procreacional en el CCC (arts. 558, 561 y 562), la ley 26529 de derechos del paciente (artículos. 1, 2, 3, 5 y 6) y con la falta de una expresa prohibición o sanción¹².

procreacional de aquellos respecto del menor, a la vez que no existen conflictos al respecto entre las partes intervinientes.

(12) *Juzgado de familia. n°7 Viedma - 07/07/2017 “RESERVADO S/AUTORIZACIÓN JUDICIAL”* Jueza María L Dumpé. Cita digital iusju017762e Con nota a fallo: Lloveras Nora, De Lorenzi Mariana “Gestación por sustitución: obstáculos, amor y alas”, *ErreNews - Civil - Novedades - N°92 - 15/8/2017*. <http://erreius.errepar.com/sitios/ver/html/20170718120329719.html>

Juzgado de Familia de 4 Nom de Córdoba. “A., P. A. Y OTRO - MEDIDAS URGENTES” 21/5/2018 Juez: Dra. Morcillo. “Consecuente con ello la declaración de inconstitucionalidad no resulta necesaria puesto que el CCC admite una interpretación amplia que brinde solución al supuesto en estudio. Sin embargo, no se puede dejar de señalar que respecto de este tipo de TRHA existe una clara inconstitucionalidad por omisión de legislar que obliga a la jurisdicción a intervenir para solucionar el vacío legal”.

Juzgado de 1 Inst. en lo Civil, Comercial, Familia 2 Nom. Villa María Córdoba “R., R. A. Y OTROS - AUTORIZACIONES” 8/6/18. Juez: Flores, Fernando Martín. “La falta de regulación no impide su concreción, ya que en virtud del principio de legalidad dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional todo aquello que no está prohibido está permitido. Los ejemplos que se utilizan para fundamentar una tesis diferente llegan, en muchos casos, hasta el absurdo, tal como referir que no está prohibido contraer matrimonio con un animal y no por eso está permitido (Sambrizzi, ob.cit.). En otras palabras, esta carencia de legislación no debe interpretarse como la existencia de una ‘prohibición’ efectiva sobre la práctica ya ‘que ello importaría una interpretación restrictiva y literal del sistema jurídico, tachando de ‘prohibidas’ o ‘ilegales’ las circunstancias no receptadas expresamente por aquel”.

Juzgado de Familia de 6 Nom de Córdoba “F., C. Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION” 13/8/2019 “En suma, el tema no ha dejado de ser objeto de constantes intentos por llegar a su regulación, por lo que claramente no se propicia una postura *abstencionista* ni mucho menos *prohibitiva* en nuestro país, sino una *regulatoria*, pero ello no permite sino concluir que por ahora estamos ante un vacío legislativo o Tras este examen, resulta claro que existe una laguna legislativa. La quita de la figura implica que el legislador, la silenció adoptando una postura *abstencionista* pero no de prohibición. En este marco, válido es concluir en la alegalidad de la figura en cuestión. En efecto, la GS es por ahora ‘alegal’. Pero estamos -al decir de la doctrina- ante un *abstencionismo legal* demandante de un *intervencionismo judicial*”.

Juzgado de Familia Nro. 8 de La Plata 27/04/2020 • D., J. E. y otro/a s/ autorización judicial • RCCC 2020 (agosto), 67 SJA 09/09/2020, 82 JA 2020-III AR/JUR/15367/2020.

La gestación por sustitución, al no encontrarse prohibida, debe ser receptada favorablemente por la Justicia en la medida que no lesione derechos de terceras personas; máxime cuando la práctica elegida es consecuencia de la historia atravesada por la familia accionante y la ardua búsqueda de alcanzar la paternidad/maternidad, siendo este el único camino posible para lograr gestar un hijo con material genético de ambos progenitores, conforme la historia clínica acompañada.

Juzgado de Familia n° 6, San Isidro 02/03/2018 • S., M. J. s/ autorización judicial • La Ley Online • AR/JUR/1449/2018. La gestación por sustitución debe ser autorizada en el caso en que un

En paralelo otro fundamento a destacar es el derecho a constituir una familia (art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos)¹³.

Asimismo “el interés superior del niño” principio rector y guía consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño en la que se reconoce a la familia como grupo fundamental de la sociedad, medio natural de crecimiento y bienestar de sus miembros en particular de los niños, en que estos necesitan la debida protección legal tanto antes como después del nacimiento que debe ser inscripto, conocer a sus

matrimonio estaría impedido de gestar por cuestiones de la salud de ambos, pues la falta de regulación específica de esta práctica no significa que se encuentre prohibida, en tanto esa técnica y su viabilidad jurídica deben correlacionarse por un lado con la específica incorporación del instituto de la voluntad procreacional inserta en el Cód. Civ. y Com. y con las leyes 26529 y 26485, y por el otro con la protección legal que cabe darles a los niños nacidos de los tratamientos de reproducción humana asistida.

Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario 05/12/2017 • H., M. E. y otros s/ Venias y dispensas • La Ley Online • AR/JUR/105404/2017. La solicitud de autorización judicial para la realización de transferencia de embriones mediante la gestación por sustitución –en el caso, a través de la hermana de la actora– es admisible pues si bien no existe previsión legal expresa en nuestro ordenamiento jurídico tampoco hay norma que prohíba la gestación por otro, ni que disponga sanción de nulidad como consecuencia de su utilización, por lo que se trata de una TRHA permitida ya que en razón del principio de legalidad –art. 19 Const. Nacional– todo lo que no está prohibido está permitido.

Juzgado de Familia n° 9, Bariloche • 29/12/2015 Dato reservado • AR/JUR/78613/2015

La transferencia embrionaria en un vientre sustituto debe autorizarse, pues se trata de un procedimiento que no se encuentra expresamente prohibido y existe voluntad procreacional por parte de los solicitantes, quienes tendrán vínculo genético con el menor que nacerá y ejercerán la responsabilidad parental; a lo que puede agregarse que la gestante dio su consentimiento en forma libre, responsable y cuenta con el apoyo de su familia.

(13) Todas las personas tienen derecho a formar una familia, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión. Nuestra Constitución Nacional expresamente establece que: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla” (artículo 42). Este derecho se encuentra consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA 1969), en su artículo 17, al expresar que: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no-discriminación establecido en esta Convención”. En igual sentido fue recepcionada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU 1966), en su artículo 23.

Juzgado de familia de 2.ª Nom. de Córdoba, “R., L. S. Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION” (expte. n° 3447358). 22/11/2017. Juez: Gabriel Tavip: “En primer lugar el derecho a formar una familia, que en el caso particular se configura brindándoles la posibilidad de recurrir a esta especial técnica de reproducción humana asistida para hacerlo viable, siempre que no vulnere el derecho de terceros”.

Juzgado de Familia Nro. 2 de Mendoza 06/09/2017 • M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. s/ medidas autosatisfactivas • La Ley Online • AR/JUR/60950/2017

En ausencia de regulación, la técnica de la gestación por sustitución debe analizarse desde una perspectiva integradora del Derecho, teniendo en el derecho a la vida familiar y en particular a la conformación de la familia, puesto que este, así como la protección de la familia constituyen uno de los derechos esenciales garantizados por la normativa y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

padres y ser cuidado por ellos y que el impedimento gestacional de la pareja que ha expresado ampliamente su voluntad procreacional recurriendo a una TRHA, no puede constituir un obstáculo al derecho a la identidad del niño por nacer y a la conformación de la familia”¹⁴.

En estos casos garantizar el interés superior de la/s niña/s o el/los niño/s que nacerá implica tutelar efectivamente, el derecho a una filiación acorde a la realidad volitiva expresada por todos los participantes de este proyecto familiar, en el que se incluirá como una más de la familia¹⁵.

(14) *Juzgado de familia. n° 7 Viedma 07/07/2017* “RESERVADOS/AUTORIZACIÓN JUDICIAL” Jueza María L Dumpé. Cita digital iusju017762e.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I 28/08/2020 • S., M.D. y otros c. A., S. S. s/ Filiación La Ley Online • AR/JUR/35471/2020. “Toda vez que no está en discusión la voluntad procreacional y que se encuentra acreditado la falta de filiación biológica de la niña con quien ha sido su gestante, sería absurdo obligar el emplazamiento de una persona como madre de un niño con quien no tiene vinculación biológica alguna solo por el hecho físico del haber dado a luz cuando manifiesta expresamente que pretende ese desplazamiento, como negarle a ese niño el derecho de quedar emplazado como hijo de la persona que ha manifestado desde su comienzo la voluntad procreacional de convertirse en su madre”.

Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 81 14/06/2017 • S., I. N. y otro c. A., C. L. s/ impugnación de filiación, LA LEY 27/07/2017, 6 LA LEY 2017-D, 390 RCCC 2017 (agosto), 116 DFyP 2018 (marzo), 250 AR/JUR/37036/2017

La acción de impugnación de maternidad y emplazamiento paterno es procedente por aplicación del principio rector del interés superior del niño; la respuesta jurídica más justa es reconocer el vínculo filial generado entre el niño y quienes quieren ser sus padres en virtud de la manifestación de la voluntad procreacional -art. 558 Cód. Civ. y Com.- exteriorizada mediante el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se han sometido al uso de técnicas de reproducción humana asistidas, en la forma y con los requisitos prescritos en los arts. 560 y 561 del ordenamiento Civil vigente; una solución contraria mantendría un vínculo jurídico con la mujer gestante quien, claramente, no fue ni tiene intención de ejercer el rol materno.

Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86 • 18/06/2013 • N.N. o D. G., M. B. M. s/ inscripción de nacimiento • LA LEY 01/07/2013, 2 LA LEY 2013-D, 195 DFyP 2013 (octubre), 39 DFyP 2013 (noviembre), 87 con nota de Sabrina M. Berger; Andrés Gitter LA LEY 11/11/2013, 4 LA LEY 2013-F, 182 AR/JUR/23081/2013

Un menor nacido mediante la técnica de fertilización in vitro con subrogación uterina debe ser inscripto como hijo de quienes aportaron el material genético para su concepción, pues debe valorarse fundamentalmente la fuente que deriva de la voluntad de éstos de convertirse en padres del nacido y la correspondencia biológica que existe entre ellos, en tanto ello es lo que más responde al interés superior del niño.

(15) LLOVERAS, Nora, DE LORENZI, Mariana. “Gestación por sustitución: obstáculos, amor y alas” Nota a fallo ErreNews - Civil - Novedades - N° 92 - 15/8/2017. <http://erreius.errepar.com/sitios/ver/html/20170718120329719.html>

Juzgado de la inst. en lo Civil, Comercial y Familia 2 Nom. Villa María Córdoba “R., R. A. Y OTROS - AUTORIZACIONES” 8/6/18. Juez: Flores, Fernando Martín. “Entiendo que la inscripción como hijo/a de quienes quieren ser sus progenitores conforme el elemento volitivo expresado responde al interés superior del niño, premisa insoslayable bajo la cual debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia”.

Juzgado de Familia N° 4 de Morón 05/03/2020 • A. P. Y. y otro/a c. A. M. G. y otro/a s/ Acciones de impugnación de filiación • AR/JUR/17521/2020

Es importante destacar que surge de estas sentencias el derecho fundamental que tiene todo/a niño/a a una inmediata inscripción de su nacimiento conforme a la voluntad procreacional. Considerando la identificación como “el primer derecho” de todo ser humano, que garantiza la existencia oficial del individuo, impidiendo su invisibilidad y desprotección estatal¹⁶.

En este contexto otros principios que fundan estas resoluciones son la “autonomía de la voluntad” es decir la decisión de las personas adultas libres, rodeadas de adecuada información y sin ningún vicio de la voluntad a decidir, en el tema que nos ocupa sobre su “derecho a la salud sexual y reproductiva”¹⁷. En lo

Corresponde proteger los derechos del niño nacido mediante gestación por sustitución, concebido por la voluntad procreacional de quienes promueven la impugnación de la maternidad, por no ser la accionada la madre del hijo que pasa por suyo, y en consecuencia, modificar del acta de nacimiento, para de esta forma poder, concretar en el plano jurídico, los lazos y vínculos que, en la realidad, y desde la faz afectiva, vienen asumiendo, y cumpliendo dicho rol, en la relación familiar que se viene construyendo desde el nacimiento.

(16) *Juzgado de familia. nº 7 Viedma 07/07/2017* “RESERVADOS/AUTORIZACIÓN JUDICIAL” Jueza María L Dumpé. Cita digital iusju017762e.

Juzgado de Familia de 4 Nom de Córdoba. “A., P. A. Y OTRO – MEDIDAS URGENTES” 21/5/2018 Jueza: Morcillo. ErreNews - Civil - Novedades - Nº 132 - 5/6/2018. <http://erreius.errepar.com/sitios/ver/html/20180604110357684.html>Cita digital: IUSJU027106E

“Por último no puede dejar de valorarse el interés superior de N. que se encuentra en crisis en la situación actual, al carecer de identificación filiatoria que lo constituya social y legalmente como parte de la familia de los peticionantes, pero lo que es más grave en la violación de sus derechos es la calidad de “indocumentado” que reviste en la coyuntura y que es deber ineludible del Estado solucionar por el procedimiento más sencillo y rápido y de manera inmediata, que es el fin de esta acción ante la laguna legal que la situación vigente plantea. En conclusión, la inmediata inscripción del niño con la filiación que le corresponde hace cesar la violación de sus derechos a la identidad, a la identificación, a la documentación y a la integración familiar y por ello es lo que mejor consulta su interés superior”.

Juzgado de Familia de 4 Nom de Córdoba “F., C. Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION” 13/8/2019 “Por todo lo analizado debe autorizarse la práctica de GS requerida debiendo las partes suscribir ante el Centro de Fertilización Humana Asistida el consentimiento de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 560 d y 561 el CCC y en consecuencia, debe ordenarse que en caso que se produzca el nacimiento como resultado de la práctica médica en cuestión el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas inscriba al/la niño/a así nacido como hijo de los señores F y L sin vínculo legal con la señora R V. Contemplando el derecho a la identidad que también presenta un resguardo normativo (art. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño), corresponde garantizarle al niño/a eventualmente nacido mediante la GS que se autoriza, el acceso a conocer sus orígenes, de modo que se insta a los accionantes para que hagan conocer a su hijo/a su realidad gestacional, cuando tenga la edad y grado de madurez suficiente para comprender su historia vital. En tal dirección, se ha percibido la importancia que el tópico posee para los accionantes. En efecto, el CATEMU ha concluido que “La revelación del origen se valora como un derecho a la identidad, contando con disposiciones para llevar adelante esta tarea con el hijo nacido de este procedimiento”.

(17) Derecho a la salud sexual y reproductiva. El Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) expresa que el derecho a la salud sexual y reproductiva se basa en el reconocimiento del derecho de toda persona a decidir libremente si tener o no hijos, cuántos hijos tener y el espaciamiento entre nacimientos, como a disponer de la información y de los medios para alcanzar el más elevado estado de salud sexual y reproductiva sin sufrir discriminación, coacción ni violencia. El derecho a la salud sexual y el derecho a la salud reproductiva son una parte fundamental del derecho a la salud en

que respecta a la gestante “la capacidad y el derecho para disponer de su propio cuerpo, lo que en definitiva significa el respeto por su determinación¹⁸.

Por último, se destaca en los fallos el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida en similares condiciones que otras personas, que también tienen limitaciones para lograr un embarazo¹⁹.

particular e integran de manera interdependiente a todos los derechos humanos. Así como la sexualidad integra a las personas, los derechos sexuales y reproductivos integran su derecho a la salud. La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General no 14 - 2000). Los derechos sexuales y reproductivos forman parte del catálogo de derechos que consagra nuestra Constitución Nacional. El Estado argentino tiene la obligación internacional (art. 31, CN; art. 29, Convención de Viena sobre el cumplimiento de tratados internacionales y art. 28, Convención Interamericana de Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–).

Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario 02/12/2014 • XXX s/ maternidad por sustitución • DFyP 2015 (diciembre), 237 con nota de Andrés Gil Domínguez • AR/JUR/90178/2014

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido y la consolidado el respeto de la autonomía personal, del derecho a la salud reproductiva, de la aceptación del proyecto de vida familiar, como el reconocimiento expreso e irrefutable de formar una familia relacionado con el derecho a la maternidad y la abolición de cualquier acto o decisión que menoscabe o discrimine a personas que por su condición de vulnerabilidad, ya sea por razón de su estado físico por cuestión de género o por circunstancias económicas encuentren limitados o cercenados sus derechos fundamentales.

(18) *Juzgado de Inst. en lo Civil, Comercial y Familia 2 Nom. Villa María Córdoba “R., R. A. Y OTROS - AUTORIZACIONES” 8/6/18. Juez: Flores, Fernando Martín. Erreius ErreNews - Civil - Novedades - Nº 138 - 17/7/2018 <http://erreius.errepar.com/sitios/ver/html/20180712114658025.html> Cita digital: IUSJU028754E “Esta voluntad procreacional debe ser puesta de manifiesto mediante consentimiento previo, informado, libre y formal. Todo aquel que pretenda ser padre o madre a través de esta modalidad deben esgrimir una declaración de voluntad en ese sentido, de manera clara y precisa; una vez otorgada es irrevocable (art. 561 y 562 del CCC). A esta altura del análisis puede afirmarse que, en la actualidad, y en virtud de lo normado por la ley 26.862, el decreto 956/2013 y los art. 558 y 562 del CCC la gestación por sustitución se configura como una garantía plena del derecho a la voluntad procreacional (...). La gestante refiere actuar de manera absolutamente altruista y cuenta con el apoyo de su círculo familiar. Ejerce su derecho constitucional a “disponer de su propio cuerpo”, en miras de la satisfacción de un deseo filial ajeno. No hay en la señora R. voluntad procreacional”.*

Juzgado de Familia de 6 Nom de Córdoba “F., C. Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION” 13/8/2019. “No se verifica conducta o comportamiento alguno reprochable en G quien en pleno uso de la libertad de su cuerpo y con el acompañamiento de su familia, accede a cumplir un rol en la práctica en cuestión. Ir más allá implicaría una valoración ética que trasciende el marco del presente. Ante el derecho de la gestante a decidir sobre su propio cuerpo, lo que no puede dejar de hacerse es verificar que la decisión tomada haya sido arribada con absoluta libertad, y ello se evidencia en autos”.

(19) *Juzgado de Inst. en lo Civil, Comercial, Familia 2 Nom. Villa María Córdoba “R., R. A. Y OTROS - AUTORIZACIONES” 8/6/18. Juez: Flores, Fernando Martín. “Las TRHA posibilitan la concreción de la igualdad normativa, a partir del reconocimiento y respeto de la diversidad humana como inherente a la condición humana. El acceso a dichos procedimientos es una muestra del derecho a la no discriminación en el ámbito filiatorio, en cuanto posibilitan que cierto universo de personas pueda disfrutar del amor parental sobre la base de la voluntad procreacional”.*

Juzgado de Familia de 5 Nom de Córdoba “V A B Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION” 25/4/2019 Juez: Mónica Parrello: “Es responsabilidad de esta Magistrada, en el marco de este pronun-

2. Criterio jurisprudencial que considera que la gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida compleja no prevista en el CCC.

En primer lugar, cabe señalar que, a diferencia de las anteriores resoluciones relevadas, a continuación analizaremos fallos que han declarado inconstitucional y anticonvencional al artículo 562 CCC, para colocar a la gestante en el lugar de madre en tanto dispone que “*los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz*”. De manera tal que estas resoluciones no consideran a la comitente como madre mediante la gestación por sustitución.

Dentro de los fundamentos, se advierten que la gestación por sustitución no está prevista en la legislación fonal, es necesario acudir al carril jurisdiccional, para que se declare inconstitucional el plexo normativo que impide subsumir en la condición de progenitores a quienes no sólo han manifestado su voluntad de serlo, sino también, en la mayoría de los casos han aportado su material genético. Subsunción ésta que, actualmente, conforme la norma opugnada -art. 562 del C.C. y C.N-, no resulta posible, al atribuir la calidad de progenitora a quien da a luz el niño²⁰.

ciamiento, remover cualquier obstáculo que impida que a esta pareja cumplir con el único y principal objetivo por el que recurrieron a la justicia, el de ser padres. Lo contrario importaría vaciar de contenido y operatividad los derechos que se enunciaron precedentemente, implicando una flagrante violación a los principios de no discriminación, de realidad, de igualdad y de *tutela judicial efectiva*, en total observancia a lo consagrado por el catálogo de derechos humanos, y a las interpretaciones que sobre ellos ha realizado específicamente nuestra CIDH”.

Juzgado de Familia Nro. 7 Lomas de Zamora 30/11/2016 • B. J. D. y otros s/ materia a categorizar • DFyP 2017 (mayo), 118 con nota de Carolina L. Chmielak LA LEY 26/05/2017, 5 con nota de Soledad Briozzo LA LEY 2017-C, 264 con nota de Soledad Briozzo • AR/JUR/85614/2016

Una mujer que, por ausencia de útero, sólo puede llevar adelante la gestación por sustitución y su marido titularizan, en igualdad de condiciones con las demás personas, el derecho fundamental y humano de recurrir a las técnicas de reproducción humana asistida sin discriminación alguna, pues ha quedado suficientemente acreditado con la documentación médica que, en su caso, esa es la única forma de garantizar la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar, a la integridad personal, a la libertad personal, a la igualdad y a no ser discriminada con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia.

(20) *Juzgado de Familia de 5 Nom de Córdoba* “V A B Y OTROS – SOLICITA HOMOLOGACION” 25/4/2019 Juez: Mónica Parrello: En consecuencia, la norma del art. 562 del CC y CN aparece en el caso concreto de autos como inconstitucional, puesto que impide a la Sra. XXX mediante el ejercicio del derecho subjetivo que le asiste, ser madre mediante la utilización de técnicas de reproducción humana médicamente asistidas y por tanto así corresponde dejar resuelta la cuestión, esto es, que el art. 562 del CC y CN resulta inconstitucional en el caso de autos, ya que avanza sobre derechos subjetivos de la Sra. XXXXX. Además, tal declaración no avanza sobre otros estándares jurídicos. Sin remover el obstáculo legal de la disposición del artículo 562 del CC y CN la pretensión esgrimida en autos no resultaría viable, toda vez que quedaría resuelta y atrapada en la solución que propicia, esto es, que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida y que no tiene vínculo biológico con la gestante, ni esta voluntad procreacional, la ley le impone determina la filiación materna per ser la persona que dio a luz. Resultaría hasta imprudente, según considero, que el centro de salud en una situación como la de autos, procediera a realizar la técnica de reproducción humana médicamente asistida, a despecho de una norma jurídica que resuelve la cuestión de modo claro y preciso: la persona humana nacida es hija de la mujer que dio a luz y de la persona que prestó

el consentimiento informado; que poco sentido tendría exigir, si no se informa las consecuencias legales que trae aparejada su realización. Esta Magistrada está llamada a declarar en consecuencia su inconstitucionalidad. En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, pero cuando un Estado ratificó un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de un efecto jurídico. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer el ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención de Derechos Humanos (...) en otras palabras los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad sino también de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana” (cfr. “Almonacid Arrellano y otros vs. Chile” Fecha de sentencia 26/09/2006 párr. 124). Sin desconocer que la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirma que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional y debe ser considerada como la última *ratio* del orden jurídico (Fallos: 249:51, 264:364; 330:2981, entre muchos otros), las circunstancias excepcionales de esta causa, ameritan que el articulado del Código Civil y Comercial –en especial el artículo 562 en cuestión- sea analizado a la luz de la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados por el artículo 75, inciso 22. Y es que, el Código Civil y Comercial se encuentra subordinado a la Constitución y a los Tratados Internacionales de derechos humanos que ostentan jerarquía constitucional conforme al inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

Juzgado de Familia de 1° Nom de Córdoba “A. M. T. y otro s/homologación”06/08/2018. Juez: Luis Edgard Belitzky. ErreNews - Civil - Novedades - N° 149 - 2/10/2018 <http://erreius.errepar.com/sitios/ver/html/20180921102403118.html> Cita digital: IUSJU031477E “En el caso de autos no existe la “falta de previsión normativa” invocada puesto que claramente el Código Civil y Comercial de la Nación -en lo que aquí interesa- dispone que “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre” (artículo 652 CCC) y, en ese orden normativo, sigue la línea conceptual de la filiación por naturaleza, que junto a la que aquí nos convoca y de la adopción, son las tres únicas vertientes o causa eficiente que se reconoce a la filiación. Así, y por vía de negación, la situación de autos lejos de no encontrarse regulada, sí lo está, y no la autoriza del modo en que se pretende, puesto que la maternidad siempre será atribuida a quien da a luz al “hijo”. La solución del Código Civil y Comercial, en definitiva, es sencilla. La filiación materna en el caso de las técnicas de reproducción humana médicamente asistida, se atribuye a la mujer que dio a la luz, y del hombre o de la mujer que prestó el consentimiento previo, y con esa solución cerró la puerta a cualquier debate en torno a la cuestión. En consecuencia, la norma del artículo 562 del CCC aparece en el caso concreto de autos como inconstitucional, puesto que impide a la Sra. A. mediante el ejercicio del derecho subjetivo que le asiste, ser madre mediante la utilización de técnicas de reproducción humana médicamente asistidas y por tanto así corresponde dejar resuelta la cuestión, esto es, que el artículo 562 del CCC resulta inconstitucional en el caso de autos, ya que avanza sobre derechos subjetivos de la Sra. A., y además tal declaración no avanza sobre otros estándares jurídicos.

Sin remover el obstáculo legal de la disposición del artículo 562 del CCC la pretensión esgrimida en autos no resultaría viable, toda vez que quedaría resuelta y atrapada en la solución que propicia, esto es, que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida y que no tiene vínculo biológico con la gestante, ni esta voluntad procreacional, la ley le impone determina la filiación materna por ser la persona que dio a luz. Resultaría hasta imprudente, según considero, que el centro de salud en una situación como la de autos, procediera a realizar la técnica de reproducción humana médicamente asistida, a despecho de una norma jurídica que resuelve la cuestión de modo claro y preciso: la persona humana nacida es hija de la mujer que dio a luz y de la

En este sentido, dentro de las facultades conferidas al poder judicial queda la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica, máxima sanción que merece una ley, y que requiere de suma prudencia de parte de los Jueces, lo contrario significaría una auto atribución de facultades incompatibles con un sistema republicano.

La declaración de inconstitucionalidad, en este presupuesto se evidencia en la invocación de una serie de derechos de neto corte personalísimo y familiar, derecho a la salud, a la dignidad, a la igualdad, al proyecto de vida de formar una familia, que la normativa tachada conculca en forma “actual”, “real” y concreta” poniendo de relieve un agravio serio y de entidad que habilita el control de constitucionalidad propiciado.

Agregan, que ante el vacío legal existente se debe solicitar el reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente de filiación, consistente en la intención de querer engendrar un hijo acudiendo a la protección del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior.

Finalmente, sostienen que, además, el artículo 562 del CCC no supera el test de constitucionalidad y convencionalidad, porque el/a/s niño/a/s que podría/n nacer van a ser legalmente considerado/a/s hijo/a/s de quien solo tiene voluntad

persona que prestó el consentimiento informado; que poco sentido tendría exigir, si no se informa las consecuencias legales que trae aparejada su realización. En consecuencia y en razón que he declarado la inconstitucionalidad de la norma citada.

Juzgado de Familia Nro 1 de Pergamino 22/04/2019 • C., C. A. y otros s/ materia a categorizar • RDF 2019-VI, 39 Con nota de Verónica Marco • AR/JUR/15655/2019 El art. 562 del Cód. Civ. y Com. que dispone que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijas/os de quien dio a luz es inconstitucional, ya que conculca el ejercicio de derechos humanos fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales, como el derecho a formar una familia, a la vida privada y a la intimidad; máxime cuando en tales modos de conseguir un embarazo es la voluntad procreacional el elemento central y fundante para la determinación de la filiación.

Juzgado de Familia Nro 1 de Pergamino 22/04/2019 • C., C. A. y otros s/ materia a categorizar • RDF 2019-VI, 39 Con nota de Verónica Marco • AR/JUR/15655/2019. El art. 562 del Cód. Civ. y Com. que dispone que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijas/os de quien dio a luz es inconstitucional, ya que conculca el ejercicio de derechos humanos fundamentales reconocidos en los instrumentos internacionales, como el derecho a formar una familia, a la vida privada y a la intimidad; máxime cuando en tales modos de conseguir un embarazo es la voluntad procreacional el elemento central y fundante para la determinación de la filiación.

Juzgado de Familia Nro. 7 Lomas de Zamora 30/12/2015 • H. M. y otro s/ medidas precautorias - art. 232 del CPCC • LA LEY 02/05/2016, 6 con nota de Úrsula C. Basset LA LEY 2016-C, 89 con nota de Úrsula C. Basset DF y P 2016 (mayo), 179 con nota de Eduardo A. Sambrizzi RCC y C 2016 (mayo), 147 DF y P 2016 (junio), 131 con nota de Úrsula C. Basset RCC y C 2016 (junio), 59 con nota de Mercedes Ales Uría DF y P 2017 (febrero), 202 con nota de Mercedes Ales Uría • AR/JUR/78614/2015. El art. 562 del Cód. Civil y Comercial que establece que los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quienes los dio a luz, es inconstitucional y anticonvencional por no reconocer la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer gestante -tal es el caso de la maternidad por sustitución-.

gestacional pero no tuvo ni tiene voluntad procreacional. La injusticia que deviene por aplicación del art. 562 CCC es patente: será tenida por madre -por el hecho del parto- quien no quiere serlo, ni tiene nexo genético con el/la/s niño/a/s y no serán padres quienes, si quieren serlo, desde siempre y, además, son sus reales progenitores²¹.

3. *Primeras conclusiones respecto de los criterios jurisprudenciales*

Del estudio, relevamiento y comparación de los casos de jurisprudencia encontrados, advertimos que las partes no solo se debaten en un mar de dudas en orden a la forma de determinar la filiación cuando el nacimiento tiene lugar por técnica de gestación por sustitución, sino que no saben ni como, ni cuando instrumentar el consentimiento informado para la realización de la TRHA, ni ante qué tribunal recurrir, ni que acción deben intentar para lograr la filiación. Esta inseguridad jurídica en materia filiatoria exige una regulación de la Gestación por Subrogación que despeje dudas sobre la filiación de los niños que nacen de ellas.

Destacamos que las sentencias analizadas han sido todas resueltas favorablemente y las mismas reconocen a la gestación por sustitución como una *técnica de reproducción humana asistida compleja*.

(21) *Juzgado de Familia de 5ª Nom de Córdoba* "V. A. B. Y OTROS - SOLICITA HOMOLOGACION" 25/4/2019 Juez: Mónica Parrello "En consecuencia, se deja preventivamente establecido que el/a/s nacido/a/s de la TRHA -gestación por sustitución- será/n hijo/a/s de los Sres. XXXXX y XXXXX, disponiéndose que así se registre en toda documentación vinculada a la identidad del/a/o/s nacido/a/s desde el mismo instante de su nacimiento".

Juzg. Civ. Com. y Fam. Bell Ville. 3ª Nom de Córdoba, "D., R. d. V. y otros s/solicita homologación" 06/12/2018 Juez: Bruera Eduardo Pedro. ErreNews - Civil - Novedades - N° 163 - 22/1/2019. <https://erreius.errepar.com/sitios/ver/html/20190118115056173.html>

"En atención a todo lo expresado, no cabe lugar a la menor duda que el art. 562 del CCC adopta una postura desfavorable respecto a la gestación por sustitución al darle la espalda al elemento volitivo, desconociendo la maternidad en la progenitora intencional y como contrapartida reconociéndosela a la mujer gestante. Así pues, se advierte que en este caso se vulneran de manera flagrante los derechos fundamentales consagrados supralegalmente. No desconozco que este tipo de resoluciones -que implican la declaración de inconstitucionalidad de una ley- son la "última ratio" (razón última) del sistema jurídico, no obstante lo cual, ello se impone ante el caso sub-examine, puesto que impide que R ejerza su legítimo derecho a ser madre por una THRA y por tanto corresponde despejar el valladar contenido en el art. 562 del CCC, declarando su inconstitucionalidad en auto. De no adoptarse este camino, quitando el impedimento legal de la disposición del art. 562 del CCC, la autorización que esta resolución alumbra resultaría inviable e intrínsecamente contradictoria. Se transformaría en una encerrona que la propia autorización procura despejar, esto es, que la persona humana nacida mediante una técnica de reproducción humana médicamente asistida y que no tiene vínculo biológico con la gestante, debe reconocer a esta última como su madre, invalidando la razón que le dio carta libre a la práctica como la voluntad procreacional de R. Resuelvo: Declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del CCC, en este caso concreto de gestación por sustitución, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz".

III. Derecho comparado

La actual falta de regulación de la gestación por sustitución nos enfrenta al desafío de encontrar posibles soluciones en el Derecho Comparado, considerando diversas fuentes del derecho como las políticas, jurídicas, filosóficas-religiosas²².

Un somero análisis del mismo nos permite concluir que existen países en los cuales la gestación por sustitución se encuentra expresamente prohibida como sucede en Alemania, Chile, España, Japón, Francia, Finlandia, Suecia e Italia. En otros casos, sencillamente existe una abstención a su regulación o de su normativa no surge con claridad su legalidad, este es el caso de Hungría, Irlanda, Lituania, Malta, Rumania y San Marino. En algunos países la gestación por sustitución se encuentra expresamente regulada y permitida por ley como sucede con Australia, Albania, Grecia, Países Bajos, India, Reino Unido, Rusia, Sudáfrica, Ucrania y algunos estados de Estados Unidos.

En este último supuesto podemos mencionar a aquellos países en los que la ley permite la gestación por sustitución, aún en los casos en los que medie un contrato con contraprestación económica, lo cual ha sido objeto de las mayores objeciones en las legislaciones que lo prohíben expresamente. Se pueden destacar en este caso a Rusia, Ucrania, Georgia o India. En el resto de los casos la regulación condiciona la validez de cualquier pacto respecto a la maternidad subrogada a que la misma se realice por motivos estrictamente altruistas, de amistad o parentesco entre quienes manifiestan la voluntad procreacional y la gestante²³.

Nuestro análisis se enfocará, en primera instancia, en la realidad legislativa y jurisprudencial de algunos de los países cuya tradición jurídica se identifica, al igual que la argentina, con el sistema del Civil Law, Derecho Continental o Romano-Germánico, por las similitudes en relación a las tradiciones, necesidades sociales y las prácticas extrajudiciales observadas en casos similares a los surgidos en nuestro país, pero principalmente porque han sido y lo son en el reciente Código Civil y Comercial de la Nación fuente directa de muchas de sus disposiciones. Pero además nos remitiremos a la regulación e implicancias en algunos de los países en los que su recepción se realizó con ciertas restricciones en atención a que existe una coincidencia entre la normativa de estos países con los últimos proyectos de ley que pretenden regular la gestación por sustitución en Argentina²⁴.

(22) SAAVEDRA VELAZCO, Renzo A. *El método y el rol de la comparación jurídica. Observaciones en torno a su impacto en la mutación y en la adaptación jurídica*, Advocatus, S.L., n. 025, pp. 193-244, Lima, 2011. PIÑA, María del Carmen Piña. "Nuevas teorías y otros valores en el Derecho Comparado", cit. p. 13.

(23) LAMM, Eleonora. "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, julio 2012, p. 11, [www. indret.com](http://www.indret.com)

(24) SAAVEDRA VELAZCO Renzo A., *El método y el rol de la comparación jurídica (...)*, cit. pp. 193-244, Lima, 2011; PIÑA, María del Carmen Piña: "Nuevas teorías y otros valores en el Derecho Comparado", cit., p. 11.

1. Países en los que la gestación por sustitución está prohibida

España

En la década del 70 ante la irrupción de novedosos tratamientos de fertilidad que traían soluciones a las parejas aquejadas por problemas de esterilidad, se planteó la necesidad de un abordaje de las diferentes aristas que plantean las técnicas de reproducción asistida. Fue así que, a iniciativa de un grupo de parlamentarios, se creó la Comisión Especial sobre Fertilización Extracorpórea, la cual luego pasó a denominarse “Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas”. Esta Comisión tuvo como misión primordial realizar un estudio sobre los problemas que subyacen ante la utilización de estas técnicas de manera de crear un marco legal para una futura regulación normativa. La misma fue presidida por el Diputado español socialista Marcelo Palacios.

Esta Comisión presentó en el mes de marzo de 1986 un informe muy completo, conocido como “Informe Palacios”, que abordó múltiples cuestiones relacionadas con la reproducción asistida y concluyó con una relación de ciento cincuenta y cinco recomendaciones²⁵.

Las mismas se centraron en la utilización de técnicas de fertilización asistida para los casos en los que la pareja haya recurrido a terapias que en definitiva no hayan resultado eficaces a los fines de provocar la gestación. Sólo preveía el empleo de estas técnicas a matrimonios y parejas heterosexuales estables las cuales debían comprometerse respecto de los futuros hijos a asumir las mismas obligaciones inherentes a las parejas unidas en matrimonio. Se contempló una posible autorización a mujeres solas, las cuales debían reunir ciertas condiciones económicas, psicológicas y de estabilidad que procuraran al futuro hijo un sano ambiente de bienestar y dignidad.

Si bien el informe recomendó la expresa prohibición de la utilización de estos tratamientos en parejas homosexuales, nada establecía respecto a hombres en forma individual.

El mencionado informe inspiró a los legisladores españoles quienes con fecha 22 de noviembre de 1988 sancionaron la Ley 35/1988, una de las pioneras en la regulación de las técnicas de reproducción asistida. Específicamente con respecto a la figura de la gestación por sustitución, el artículo 10.1 de la Ley establecía que: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un

(25) VILAR GONZÁLEZ, Silvia. *Gestación por sustitución en España un estudio con apoyo en el derecho comparado y especial referencia a California (EE.UU.) y Portugal*, Tesis doctoral, Universidad Jaume I de Castellón de la Plana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, 2017.

tercero", respetando con ello la recomendación que al respecto contenía el Informe Palacios, pero sin llegar a establecer ningún tipo de sanción, más allá de la nulidad.

Ahora bien, debido a que con el transcurso del tiempo los conceptos de maternidad biológica de la intencional fueron tomando autonomía como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción asistida, el artículo 10 plasmó por primera vez en la legislación española el principio *mater semper certa*, el que implica que la maternidad se determina por el parto, presuponiendo que la gestante es a su vez la madre genética. A su vez admitía una posterior acción de determinación de la paternidad para el padre biológico.

Esta ley fue reglamentada por Real Decreto 412/1996 por el cual se instaba al Gobierno a regular en el plazo de un año *"la creación y organización de un Registro Nacional informatizado de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana"*. Sin embargo, al día de hoy, más de treinta años después de que la Ley 35 de 1988 estableciera de modo imperativo su creación y organización, la realidad es que todavía no existe un Registro de donantes de gametos en España. Ello, pese a la importancia que podría llegar a tener dicho Registro en aquellos supuestos en que, la posibilidad de obtener información acerca del origen biológico de una persona, podría facilitar el acceso al tratamiento adecuado para hacer frente a una enfermedad cromosómica o sanguínea basada en su herencia genética.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, por la que se modifica la Ley 35/1988 en su art. 10 establece *"(...) Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales"*.

El hecho de que se sancione con la nulidad de pleno derecho a todo tipo de contrato, independientemente de que concurra o no un beneficio lucrativo a favor de la gestante, no deja lugar a dudas que el sentido de la norma ha sido otorgar una nulidad de pleno derecho a cualquier acuerdo en este sentido.

Más allá de las restricciones impuestas a la celebración de estos convenios, en la regulación española podemos encontrar una incongruencia normativa, ya que es posible inscribir en el Registro Civil Español tanto el nacimiento, como la filiación a favor de los padres intencionales de los niños nacidos en el extranjero e, incluso, de la reglamentación Registral se infiere que éstos puedan llegar a obtener las prestaciones por paternidad o maternidad del ámbito laboral, una vez inscrito el nacimiento²⁶.

(26) Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. «BOE» núm. 175, de 22 de julio de 2011.

La posibilidad de inscribir la filiación en el Registro Civil Español será admisible mediante el expediente en el que junto con la solicitud de inscripción se aporte una resolución judicial del tribunal extranjero competente que recoja los datos personales de las partes, verificando que no se quebrante el interés superior del menor y en el que la gestante ha consentido consciente y libremente, renunciando a la filiación. Esta resolución judicial puede ser objeto de control por parte del Encargado del Registro Civil a los efectos de comprobar si se cumplen o no los requisitos expuestos. Se trata de un control principalmente formal, que no entra a valorar el origen y fondo de la situación, que no es otra que el uso de la gestación subrogada²⁷.

Ello no hace más que favorecer el llamado “turismo procreacional”, posibilidad que, además, trasunta en una evidente desigualdad ya que restringe el acceso a la paternidad a quienes tengan la capacidad económica suficiente para solventar los gastos que ello requiera.

No obstante, la vigencia de la Ley 14/2006, varias iniciativas y recomendaciones propician la efectiva regulación de una situación que se devela como una realidad incontrastable.

La nulidad de pleno derecho establecida en la legislación española en torno a la figura que nos ocupa, no disuade de su práctica ni logra evitar que las mismas se realicen en el extranjero. Asimismo, existen varias sentencias dictadas por la Sala en lo Social del Tribunal Supremo en el año 2016, que concluyen que la gestación por sustitución queda protegida por el sistema de Seguridad Social, reconociendo expresamente el derecho de los trabajadores a gozar de las prestaciones y derechos derivados de la paternidad, independientemente del origen de la filiación.

Francia

En Francia la gestación por sustitución se encuentra expresamente prohibida por la Ley n° 94653, de 29 de julio de 1994, sobre el Respeto al Cuerpo Humano²⁸, la cual modificó, entre otros, los artículos 16-1 y 16-7 del Código Civil francés.

El artículo 16-1 establece que ni el cuerpo humano, ni sus elementos o productos podrán ser objeto de un derecho patrimonial y el 16-7 sanciona expresamente con la nulidad de pleno derecho todo acuerdo relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro.

(27) CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carme, *La gestación por sustitución y el problema de su acceso al Registro Civil español*, <https://elderecho.com/la-gestacion-por-sustitucion-y-el-problema-de-su-acceso-al-registro-civil-espanol>

(28) Loi n° 94-653, du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain. Version consolidée au 19 août 2016.

Pero la normativa francesa va más allá, castiga con un año de cárcel y multa de quince mil euros a quienes celebren un acuerdo efectuado entre una persona o una pareja que deseen acoger a un niño y una mujer que lo geste para ellos²⁹. Cuando estos hechos se cometan habitualmente o con fines de lucro, las penas se duplican. En el mismo sentido el artículo 227-13 sanciona con tres años de prisión y cuarenta y cinco mil euros de multa, la sustitución voluntaria, simulación u ocultación que cause una violación del estado civil de un niño.

Ante la prohibición en Francia de la gestación por sustitución, se ha visto replicada la misma realidad española, en tanto algunas parejas francesas deben recurrir a países extranjeros donde esta práctica está permitida para hacer realidad su deseo de ser padres. Sin embargo, existe una diferencia respecto al régimen español que cuenta con un sistema reglamentado de registración, ya que en Francia las parejas que recurrieron a este procedimiento en el extranjero se encuentran con serias objeciones al momento de inscribir al niño en los Registros del Estado Civil correspondientes a los efectos de reconocimiento de la filiación de sus hijos nacidos a partir de dicha técnica. Incluso, la jurisprudencia francesa ha denegado en la mayoría de los supuestos la transcripción de los certificados de nacimiento extranjeros al considerar que dicha práctica supone fraude de ley y vulneración del orden público francés,

Ello llevó a la doctrina francesa a expresarse respecto a la necesidad de regular la gestación por sustitución en atención al interés superior del niño y su derecho a la identidad personal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el año 2014 condenó a Francia por no transcribir estos actos en los Registros correspondientes.

Uno de los casos resueltos por el Máximo Tribunal Europeo fue el conocido como el caso “Mennesson”. Se trató de una pareja francesa que celebró un convenio de gestación por sustitución en California por el cual una persona llevaría adelante el embarazo de los óvulos extraídos a una donante y el esperma de uno de los miembros de la pareja con voluntad procreacional. A partir de este convenio nacieron dos niños el 25 de octubre de 2000 consignándose como padres al matrimonio Mennesson en las respectivas partidas de nacimiento.

Dichas partidas fueron transcriptas en 2002 por el Consulado General de Francia en Los Ángeles, pero después en casación se anuló la transcripción. Este fue el comienzo de un periplo judicial del matrimonio que culminó con la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) condenando a Francia a inscribir a los niños también a nombre de la Sra. Mennesson³⁰.

En el caso “Labasse” el procedimiento de gestación subrogada se había realizado en Rusia y del certificado de nacimiento se hizo constar al respectivo comitente

(29) Art 227-12 del Código Penal francés.

(30) CARNAVAL, Alicia A. *JURISPRUDENCIA FRANCESA*, PUBLICADO EN: RDF 95, P. 206.

francés como padre del menor, y a la gestante rusa que dio a luz como la madre. En ambos fallos, la Corte de Casación establece que, en base a la legislación francesa, no se puede denegar la inscripción de un certificado de nacimiento en el Registro del estado civil consular, salvo que se aprecie que es irregular, está falsificado o que los hechos transcritos en los mismos no se corresponden con la realidad. Como no era el caso, pese a que los nacimientos deriven de sendos convenios de gestación por sustitución, se ordenó la inscripción de los mismos a los padres de intención.

Vemos entonces que en el caso de la regulación francesa, no sólo se prohíben e invalidan los convenios celebrados para la realización de procedimientos de fertilización asistida con miras a la gestación por sustitución, colocando a los futuros padres en la ya mencionada necesidad de recurrir a países en los cuales dichos convenios tienen validez, sino que ofrece serias dificultades al momento de pretender la inscripción en el Registro Civil francés de los niños nacidos por estas vías, a nombre de ambos progenitores de intención. Sin dudas casos como el mencionado “Mennesson” cuya duración se prolongó por casi 15 años trasuntan en un grave avasallamiento al derecho primordial a la identidad de los niños de raigambre constitucional.

Más allá de ello, se advierte que, a partir de las sentencias de 2014, se ha producido un cambio en la tendencia jurisprudencial francesa que tiene a flexibilizar los procesos de reconocimiento filiatorios autorizando la inscripción a nombre de los progenitores de intención.

Italia

En Italia la norma que regula los procedimientos sobre Técnicas de Reproducción Asistida es la N° 40 del 19 de febrero de 2014. En este país están prohibidos todo tipo de acuerdos de gestación por sustitución, ya sean gestacionales como tradicionales, comerciales como altruistas. Dicha Ley italiana sigue manteniendo la prohibición de la fecundación heteróloga en su artículo 4.3, por lo que no se podrá acudir en Italia a la donación de gametos por parte de donantes ajenos a la pareja. Pero en lo que a nuestro tema se refiere, establece que cualquier persona que produzca, intermedie o anuncie la venta de gametos o embriones o la gestación por sustitución, será castigado con pena de prisión de entre tres meses y dos años, así como multas de entre seiscientos mil hasta un millón de euros.

De la interpretación de dicho artículo se desprende que, no sólo los profesionales que intervienen en el acuerdo, sino también los padres intencionales como la gestante, podrán ser sancionados con esta multa.

Esta Ley especial debe interpretarse en el contexto del Código Civil Italiano el cual en su art. 269 otorga la presunción de maternidad a la mujer que ha dado a luz, y en el art. 231 la presunción de paternidad al marido de los hijos concebidos durante

el matrimonio. Estas reglas son aplicables para los casos en los que se recurre, ante la prohibición nacional, a la gestación por sustitución en los países que lo autorizan.

Asimismo, por Ley del 4 de mayo de 1983, los padres intencionales podrían recurrir al procedimiento de adopción, la cual requiere que los adoptantes estén casados. Tan sólo se permite la posibilidad de adoptar a personas individuales: a) si el cónyuge se ha separado o enviudado durante el proceso de adopción; b) si el cónyuge desea adoptar al hijo de su consorte; o c) si el adoptante está relacionado familiarmente con el adoptado.

Las restricciones italianas han sido severamente criticadas partiendo del supuesto de que las técnicas propuestas solo se aplicarán para casos de infertilidad, y siempre que no existan otras alternativas posibles para conseguir la finalidad perseguida, esto es, la procreación. Se limita así la posibilidad de acudir a estas técnicas por otros motivos tales como la prevención de enfermedades. Se entiende que se estaría realizando una distinción injustificada, que atentaría contra los arts. 3 y 32 de la Constitución Italiana pero además también vulneraría la libertad de autodeterminación y la libertad de procreación que derivan de los arts. 2, 13, 30 y 31 de la misma norma³¹.

Estrechamente vinculada con la prohibición anterior, encontramos la prevista por el art. 5 de la Ley N° 40. Dicho precepto restringe el uso de las técnicas a parejas heterosexuales (casadas o que convivan) y mayores de edad, quedando así excluidas tanto las parejas homosexuales como así también la posibilidad de fecundación a personas individuales.

Ante la completa prohibición de la gestación por sustitución y el vacío legal en relación con las consecuencias de los acuerdos de gestación llevados a cabo por ciudadanos italianos en el extranjero, existe jurisprudencia relacionada mayoritariamente con el reconocimiento en Italia de dicho tipo de acuerdos transfronterizos.

En el mismo sentido de lo mencionado en relación a Francia, El TEDH también se expidió en relación a convenios de gestación subrogada en el caso *Paradiso y Campanelli*³², pero a diferencia de lo que sucedía en los casos *Labassee* y *Menesson* contra Francia, se acreditó que el niño carecía de vinculación genética con ninguno de ellos. En el caso los solicitantes acudieron a una clínica en Moscú, para la realización del procedimiento de fertilización in vitro y posterior implante en el útero de la mujer gestante. Realizado el procedimiento con éxito, el niño nació en febrero de 2011 otorgando la gestante la autorización para la inscripción del niño

(31) MOLERO MARTÍN-SALAS, María del Pilar. "La reproducción asistida en Italia: una regulación (inacabada) a golpe de sentencia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112, 315-344. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.112.10>.

(32) *Case of Paradiso and Campanelli v. Italy* (Application no. 25358/12), 27 January 2015. European Court of Human Rights (Second Section).

a nombre de los peticionantes. Conforme la legislación rusa el niño fue registrado como hijo del matrimonio Paradiso-Campanelli.

Sin embargo cuando los “padres” pretendieron la inscripción del certificado ruso de nacimiento de su “hijo” en el Registro Civil italiano, las autoridades administrativas y judiciales se negaron a practicar la inscripción solicitada, argumentando que el certificado era falso, pues no había vínculo de filiación alguno entre los demandantes, ya que el niño había sido concebido mediante gestación subrogada, la cual (al igual que reproducción artificial heteróloga) está prohibida por el Derecho Italiano. Como consecuencia de ello, el niño fue puesto a cargo de los servicios sociales y colocado en una *maison d’accueil*, un lugar desconocido para los requirentes sin ninguna posibilidad de contacto con ellos, durante aproximadamente quince meses. En enero de 2013, fue reubicado con una familia en vista de su adopción. Entretanto, quedó sin identidad.

Asimismo, el tribunal italiano solicitó una prueba de ADN cuyo resultado estableció que no existía vínculo biológico entre el niño y los peticionarios, contrariamente a lo declarado al momento de la registración en Rusia, prohibiéndoles el contacto con el niño.

El TEDH condenó En Sentencia de 27 de enero de 2015 a Italia por considerar que las actuaciones descritas atentaban contra el art. 8 del Convenio de Roma. El Tribunal observó que las autoridades italianas decidieron retirar al niño para poner fin a una situación de ilegalidad. Sin embargo, la referencia al orden público no puede ser considerada como un cheque en blanco que justifica toda medida, el Estado siempre debe tener en cuenta el interés superior del niño, independientemente del vínculo parental, genético, u otro.

Esta sentencia ha sido revocada por la “Gran Sala” por Resolución del 24 de enero de 2017, entendiendo que no existió vulneración del derecho al respeto a la vida privada y familiar. Entendió que, en rigor, no puede entenderse que en el supuesto enjuiciado existiese una verdadera “vida familiar”, teniendo en cuenta, tanto la ausencia de un vínculo biológico entre el niño y los demandantes, como la corta duración de las relaciones entre ellos: la convivencia con el hijo en Italia había sido de 6 meses, si bien la Señora Campanelli había además convivido con el niño dos meses más en Rusia. La Gran Sala considera que las medidas adoptadas en relación con el niño -alejamiento, ubicación en una casa sin contacto con los solicitantes, puesta bajo tutela- pueden configurar una injerencia en la vida privada de los demandantes.

No obstante, pese a apreciar la existencia del perjuicio ocasionado a los comitentes, no ordenó al Estado italiano a devolverles al niño por considerar que deben estimarse los lazos emocionales que indudablemente debe haber desarrollado con la familia adoptiva con la que llevaba conviviendo desde el año 2013.

Este caso resulta ilustrativo a los fines de comprender acabadamente las consecuencias reales de la ausencia de regulación en temas que hacen al derecho a la identidad personal, el derecho a acceder a una vida familiar plena, considerando que una de las posibilidades que permite la gestación por sustitución es que los gametos no pertenezcan a los padres de intención, los cuales por causales de diferente índole pueden haber recurrido a bancos que pueden haberlos provisto.

2. Países en los que la gestación por sustitución se encuentra autorizada con ciertas restricciones

Reino Unido

En el Reino Unido la gestación por sustitución se encuentra permitida y regulada desde 1985, a través de “The Surrogacy Arrangements Act”, aunque con ciertas peculiaridades. Si bien los padres de intención podrán celebrar un acuerdo con la gestante, los términos del mismo no son vinculantes para ellos, es decir, no genera acción para exigirse el cumplimiento de lo acordado. Ello puede implicar que la gestante se niegue a entregar al niño a los padres de intención o que estos puedan negarse a recibirlo. Además, debemos destacar que se exige que dicho convenio no implique una compensación económica para la gestante.

La legislación británica, al igual que las que referimos en los países pertenecientes a la tradición romano-germánica, recepta el principio *mater semper certa*, en consecuencia, inicialmente se considerará como madre del niño recién nacido a la gestante debiendo los padres de intención iniciar una acción de filiación por la que obtengan una “parental order” a partir de la cual además se atribuirá la nacionalidad británica a favor del niño.

Pero advertimos que el art. 54 de la regulación mencionada impone el deber realizar la solicitud una vez transcurridas seis semanas desde el nacimiento del niño y antes de los seis meses posteriores al alumbramiento, plazo que tiene la consideración de preclusivo. Esto se ha interpretado como un período de reflexión a favor de la gestante, quien conserva la facultad de conservar al recién nacido, como lo anticipáramos.

Ahora bien, en el Reino Unido esta facultad se encuentra seriamente restringida en atención a los legitimados para celebrar estos acuerdos y obtener previo proceso judicial la filiación del niño nacido a través de este procedimiento. Ello se debe a que sólo podrán celebrar estos acuerdos quienes sean marido y mujer, pareja civil o pareja de hecho que conviva como familia de modo duradero. Si bien ello permite el acceso a las órdenes parentales, ya no sólo a los matrimonios y parejas heterosexuales, sino también a las personas del mismo sexo siempre que se encuentren inscritas en el Registro de Uniones Civiles, las personas individuales seguirán sin poder acceder a las órdenes parentales conforme al tenor literal del artículo.

En este sentido la jurisprudencia se ha expresado en dispar sentido. A modo de ejemplo en el caso *Re Z (a child)*³³, la Sección de Familia de la Corte Suprema británica denegó la concesión de la correspondiente orden a favor de un padre intencional que solicitó la filiación de sus gemelos nacidos en California. Sin embargo, en el caso “*Re A & A v. P, P & B*”, se concedió una orden parental a favor de una mujer que había iniciado junto con su esposo un proceso de solicitud de una orden parental, pese al fallecimiento de su cónyuge durante el procedimiento.

Esta regulación sesgada ha llevado al Tribunal Supremo Británico a expedirse a favor de una reforma de la legislación vigente lo cual se encuentra en estudio por la Secretaría de Estado de Salud.

Asimismo, al menos uno de los padres de intención deberá haber aportado sus gametos, deberán ser ambos mayores de edad en el momento de la solicitud, y residir en Gran Bretaña, las Islas del Canal o la Isla de Man. De manera que si los padres de intención no hubieran aportado sus gametos o se tratara de un solicitante individual la opción a la que pueden recurrir es la adopción.

Concluimos que, en el caso del Reino Unido, y aun existiendo una regulación legal con ciertas restricciones, la complejidad de las condiciones exigidas para acceder a la gestación por sustitución, impulsan a quienes deseen ser padres a recurrir a aquellos países donde la normativa es más laxa y los acuerdos permitidos. Se replica la misma situación que en aquellos estados en los que existe una prohibición concreta en ese sentido.

Israel

No obstante ser el estado de Israel un país conservador por motivos de índole religioso, la gestación por sustitución se encuentra permitida. Se ha dicho que quizá por motivos demográficos Israel necesita incrementar su población, podría ser este, uno de los fundamentos por los que se reguló la gestación por sustitución³⁴.

El leading case en la materia lo constituyó el caso *Ruth Nahamani*, quien junto al por entonces su esposo iniciaron un proceso de fecundación in vitro en Estados Unidos, por encontrarse prohibida en ese entonces en Israel. Obtenidos los embriones el matrimonio se separa y el marido de Ruth comienza una nueva vida con otra pareja de la cual tuvo un hijo. Ante la solicitud de Ruth de utilización de los embriones y la negativa del marido, la contienda judicial concluyó en la decisión del Máximo Tribunal Israelí de autorizar la utilización de los embriones con dos

(33) In the matter of *Z (A Child: Human Fertilisation and Embryology Act: parental order)* [2015] EWFC73.

(34) CIEZA MORA, Jairo. “Las TERAS. Una aproximación bioética y la necesidad de su regulación”, Universidad de Lima, Perú, <https://works.bepress.com/jairo-ciezamora/2/>

fundamentos principales, el mayor valor de tener hijos frente a no tenerlos y el derecho a la vida de los embriones.

El 17 de marzo de 1996, el Knesset (Parlamento) israelí aprobó el Acta 5756, sobre Acuerdos de Llevanza de Fetos, también conocida como “Ley sobre Acuerdos de Gestación por Sustitución”, que convirtió a Israel en el primer país del mundo con legislación oficial que introduce las directrices reguladoras de dicho tipo de contratos. En este país la gestación por sustitución requiere de una autorización previa para lo cual los solicitantes deberán reunir ciertas condiciones:

- los comitentes deben ser una pareja conformada por una mujer y un hombre.
- la comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación.
- los embriones deben haberse creado “in vitro” con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y espermatozoides del padre comitente.
- la gestante no puede estar relacionada, excepto por adopción, a la comitente.
- la gestante debe ser soltera, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja comitente acredita que hizo todo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera.
- la gestante debe profesar la misma religión que la comitente, pero si ninguna de las partes es judía, este requisito puede dejarse de lado³⁵.

La Ley no prohíbe que se realicen pagos a la gestante, pero los mismos son sometidos al control del Comité debiendo depositarse en una cuenta bancaria controlada por un administrador, ello implica que el proceso podrá tener el carácter de altruista o de comercial.

Se prevé también a favor de la indemnización de los daños y perjuicios derivados del proceso, así como el abono de los gastos razonables en que pudiera incurrir.

Antes de transcurridos siete días tras del nacimiento, los padres intencionales deberán iniciar un proceso judicial encaminado a la obtención de una “orden parental” firme que es la que les atribuirá *ex-post* la filiación del nacido a partir de la gestación subrogada, produciendo efectos constitutivos del derecho y no solo declarativos. Si no inician el proceso dentro de dicho plazo, corresponderá al agente de bienestar social iniciarlo de oficio.

La Ley ha sido aplicada por los tribunales sólo a los acuerdos de subrogación realizados en Israel. La posición adoptada tanto por el Ministerio de Justicia, representado por el Procurador General y los tribunales, ha sido que la ley israelí no prohíbe ni sanciona la gestación por sustitución extraterritorial. En consecuencia,

(35) LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución*, cit., p. 13.

la subrogación transnacional ha sido utilizada eficazmente por parejas del mismo sexo que no pueden realizar estos acuerdos bajo la Ley 5746.

Rusia

En Rusia está permitida la gestación por sustitución, incluida su modalidad comercial. No obstante, la legislación está fragmentada y no siempre es consistente, existiendo en algunos casos imprecisiones y contradicciones en relación con la gestación subrogada.

En Rusia, los aspectos legales de la gestación por sustitución se rigen por el Código de Familia de la Federación de Rusia y la Ley Federal de Salud. Para ser gestantes es necesario que las mujeres hayan consentido voluntariamente la participación en dicho programa y reúnan los requisitos siguientes: tener una edad de entre 20 y 35 años; tener un hijo propio sano; tener una buena salud psíquica y somática³⁶. Si bien en principio los solicitantes siempre debían ser un matrimonio, no obstante, en todos los casos presentados ante la justicia que se conocen, los Juzgados han obligado a los órganos del Registro Civil a inscribir a los niños nacidos mediante gestación por sustitución a favor de personas solas. o de parejas no casadas y esto ha sido admitido por la nueva Ley Federal de Salud (“Federal Law on the Basis of Protection of Citizens’ Health”, núm. 323-FZ), aprobada en noviembre de 2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012, que deroga la ley de 1993.

3. Primeras conclusiones respecto a los países que regulan la gestación por sustitución con o sin restricciones

Del somero análisis de estos tres casos podemos concluir que, aún en los sistemas más permisivos en relación a la gestación por sustitución se imponen ciertas características comunes:

- Que los gestantes de intención sean un matrimonio o una pareja conviviente con cierta estabilidad. Aunque estas legislaciones han flexibilizado sus condiciones en los últimos años admitiendo el acceso a este procedimiento a mujeres u hombres solos.
- Aun en aquellos casos en los que se autoriza el pago de una remuneración a la gestante es posible advertir que existe un estricto control de las sumas abonadas de manera de evitar el uso desmedido de estas técnicas de reproducción las que resulten abusivas para la salud y la dignidad de la gestante.
 - La atribución de la filiación a los padres de intención sólo se realiza ex post facto, de acuerdo a procedimientos de índole jurisdiccional, de manera que la atribución de la paternidad no es automática. Debe exceptuarse el caso

(36) VELA SÁNCHEZ, A.J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2016, p. 89.

de Rusia en la cual los padres de intención podrán solicitar la inscripción presentándose en el Registro Civil correspondiente con el certificado médico que acredita el nacimiento y las constancias del acuerdo celebrado.

- De manera que en la mayoría de los casos se presume que el niño es hijo de quien lo dio a luz.
- Que los gametos aportados correspondan por lo menos a uno de los gestantes.

IV. La situación legislativa en Argentina

En los últimos 20 años se ha producido en la legislación nacional una progresiva apertura a la admisión y regulación de situaciones vinculadas al derecho de familia que produjeron un cambio meridiano en la concepción de la familia en sí y los vínculos personales. Una prueba de ello la constituye la sanción de la Ley N° 26618 conocida como la ley de matrimonio igualitario: *“El Código parte de una noción básica: la familia puede tener origen en un hecho biológico, pero los vínculos jurídicos están condicionados por la cultura de cada sociedad. Por eso, el concepto jurídico de familia, al igual que el de filiación y el de matrimonio, no está atado a “la naturaleza”; depende de las poblaciones, las políticas, las creencias religiosas, los modos de vida, etc.”*³⁷.

Estos fueron los principios que inspiraron, además, al anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación el cual en el artículo 562 preveía: *“Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”*. De una rápida lectura de la norma proyectada se advierte que en gran medida se establecían las condiciones comunes a la mayoría de las legislaciones detalladas en el Derecho Comparado, principalmente la naturaleza altruista del acuerdo, que alguno de los comitentes aporte sus gametos y que la gestante haya concebido aunque sea una vez un hijo propio.

(37) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”, *Revista Jurídica La Ley*, 8 de octubre de 2014.

Esta norma implicaba la consolidación de los derechos reconocidos por leyes como la mencionada de Matrimonio Igualitario y los derechos constitucionales de “igualdad, no discriminación y dignidad”, así como la “constitucionalización del Derecho Privado”.

Ahora bien, dicha disposición fue eliminada del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores. El dictamen de la Comisión Bicameral sostuvo que: “... La gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el Derecho Comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del Proyecto de reforma” (Honorable Congreso de la Nación). Como anticipáramos, este vacío legal impide se puedan hacer efectivos los principales derechos que el mismo CCC ha plasmado en su articulado y abona el terreno para que los interesados deban recurrir a países donde la gestación por sustitución se encuentra reglamentada, situación recurrente como viéramos en aquellos que no la regulan o lo hacen deficientemente.

La exclusión del texto del CCCN de la gestación por sustitución fue motivo de controversias doctrinarias al punto que durante las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca en el año 2015, la Comisión N° 6 concluyó “Aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida”³⁸. La falta de regulación explícita de la gestación por sustitución viene a dar lugar a una situación que puede caracterizarse como de “alegalidad”, pues, siguiendo al Diccionario de la Real Academia Española, es la cualidad que presenta aquello que no está regulado ni prohibido. Dicho con otras palabras, está implícitamente permitida³⁹.

En suma, nuestro legislador ha tomado una posición desfavorable respecto de la gestación por sustitución en el país, sin prohibirla expresamente, no reconoce la maternidad de la comitente, sino de la gestante, en sentido diverso a lo contemplado en las legislaciones que admiten la figura en sentido amplio⁴⁰.

Hemos anticipado que esta indefinición, al igual que en muchos de los países donde el procedimiento está prohibido, coloca a quienes desean recurrir a la gestación por sustitución ante la necesidad de recurrir a aquellos países donde está permitida. Ya hemos analizado los innumerables inconvenientes que ello genera al momento de la solicitud de inscripción en el Registro correspondiente de los países de origen donde la práctica está prohibida o no regulada.

(38) <https://jndcbahia blanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-06.pdf>

(39) LLOVERAS, Nora - DE LORENZI, Mariana. *Gestación por Sustitución: Obstáculos, Amor y Alas*, op. cit.

(40) SCOTTI, Luciana B. *Un giro en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos en materia de gestación por sustitución*, Erreius, Buenos Aires, abril 2017, p. 219.

En nuestro país, y de acuerdo a lo establecido en el art. 2634 del CCC se impone el reconocimiento de todo emplazamiento filial constituido en el extranjero siempre que no contradiga el orden público nacional y especialmente en atención a la decisión que respete el interés superior del niño. Estos principios rectores deben compatibilizarse con los que se desprenden del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en vigor desde el 2/9/1990 establece que: “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Sin embargo, cierta doctrina calificada de nuestro país considera que ha sido acertada la exclusión de la gestación por sustitución de la regulación privatista, entendiendo que abriría las puertas a la comercialización ilimitada de la mujer, privilegiando los intereses de los adultos en detrimento del de los niños⁴¹. Ello se traduce, según estas posiciones, en una cosificación de la mujer, lo cual además puede ocasionar serios trastornos para la gestante tanto físicos como síquicos.

A estas posturas se opone la de quienes reconocen la necesidad de una regulación de la gestación por sustitución afirmando que hablar de cosificación de la mujer es propio de una concepción paternalista la cual subestima la capacidad de autodeterminación de la mujer en tanto el convenio es fruto de la autonomía de la voluntad de las partes. Además, la necesidad de regulación haría efectivos los principios de igualdad y no discriminación, en tanto las parejas del mismo sexo podrían acceder libremente a la gestación por sustitución.

Asimismo, para esta opinión reducir las posibilidades de ser padres a la adopción implica someter a los interesados al ya conocido y tortuoso procedimiento de adopción, no siempre con una resolución favorable. Finalmente sostienen que, tampoco se viola en interés superior del niño, en tanto nacería y crecería en una familia que lo ha deseado y que no habría existido de no haber mediado la gestación por sustitución⁴².

1. EL Proyecto de reforma al CCC en materia de gestación por sustitución

El día 15 de Julio de 2020 se presentó en el Congreso un nuevo Proyecto de Reforma al CCCN en relación al tema que abordamos. Este Proyecto se ha fundamentado en gran medida en el Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la venta y explotación sexual de niñas y niños, en el que se expresa: “Gran parte de estos abusos tienen lugar en contextos no regulados, a menudo en casos en que aspirantes a progenitor de países occidentales emplean intermediarios con ánimo de lucro para contratar a madres de alquiler vulnerables de países en desarrollo”.

(41) BASSET, Úrsula C. “Incidencia en el Derecho de familia del Código con media sanción”, LL 2013 F, p. 1.

(42) LAMM, Eleonora. *Realidad y Derecho*, op. cit

La Reforma proyectada incorpora los arts. 562 bis y ter al CCCN en los que se destaca lo siguiente:

Artículo 4°. Incorpórese el art. 562 bis al Código Civil y Comercial de la Nación el siguiente texto: Determinación de la filiación en la técnica de reproducción asistida de gestación por sustitución. La gestación por sustitución constituye un procedimiento de técnicas de reproducción médicamente asistida por medio del cual una persona denominada gestante, sin ánimo de lucro, lleva adelante un embarazo con el fin de que la persona nacida tenga vínculos de filiación con una persona o pareja, pretense/s progenitores, con quien/es la gestante posee lazos afectivos. Este procedimiento debe ser autorizado por autoridad judicial de conformidad con las pautas que se establecen en el artículo siguiente, de lo contrario, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Artículo 5°. Incorpórese el art. 562 ter al Código Civil y Comercial de la Nación el siguiente texto: Para la autorización judicial de gestación por sustitución se debe cumplir con los siguientes requisitos:

a) La persona gestante y el o los pretendidos progenitores: tener plena capacidad civil; acreditar aptitud física; tener cinco (5) años de residencia ininterrumpida en el país excepto se trate de personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país; contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial.

b) La persona gestante: no aportar sus gametos; no haberse sometido a un procedimiento de gestación por sustitución más de dos (2) veces para lo cual debe crearse un registro en el ámbito de la autoridad de aplicación prevista por la ley 26.862; haber dado a luz y tener un (1) hijo propio.

c) El o los pretendidos progenitores: imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual; contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución y el deber a su cargo de una compensación económica en beneficio de la gestante para la cobertura de gastos médicos, traslados, asesoramiento legal y psicológico, sin perjuicio de la cobertura prevista en la ley 26862. Esta compensación económica debe ser establecida por la Autoridad de Aplicación de la ley 26862.

Del análisis de la reforma proyectada se advierte que se han recopilado aspectos de varias de las regulaciones mencionadas tendientes a proveer seguridad jurídica para los participantes y garantizar su igualdad y dignidad. El primer requisito, y trascendental para acceder al procedimiento es el de autorización judicial previa, procedimiento al cual comparecerá todas las partes interesadas. Vemos que además se reiteran requisitos plasmados en el derecho comparado como:

- El interés altruista de la gestante la cual debe tener un vínculo afectivo con los padres de intención. Esto excluye cualquier compensación económica que no esté referida a gastos propios de la gestación y el nacimiento; y la

indemnización de daños que pueda sufrir la gestante a consecuencia del embarazo o el parto.

- La imposibilidad de gestar por parte de los solicitantes ya sea por razones médicas o de género.
- Que la gestante no aporte sus gametos y solo se someta al procedimiento dos veces. Además, debe haber dado a luz a un hijo propio.

V. Conclusión

Podemos decir entonces que el método utilizado, nos permitió en primer lugar recopilar y comparar el derecho extranjero, jurisprudencia argentina y extranjera y los proyectos de reforma del CCCN. En segundo término, la comparación jurídica tuvo gran utilidad para la comprensión y la mejora del derecho nacional⁴³.

De los fallos analizados, se colige que las prácticas de gestación por sustitución se realizan en el mundo, los que nos lleva a confirmar la necesidad de su regulación a los fines de brindar protección y justa composición de intereses de todos los involucrados.

A manera de cierre consideramos que legislar en nuestro país esta realidad que se ha instalado en el derecho de las familias, se traduce en conquistas en términos de derechos que ayudan a combatir los prejuicios, las discriminaciones y desigualdades protegiendo a todos los actores y especialmente a los más vulnerables, los niños, debiendo prescribir el inmediato emplazamiento filial acorde a la regla de “la voluntad procreacional” y “el interés superior del niño”.

(43) PIÑA, María del Carmen. “Nuevas teorías y otros valores en el Derecho Comparado”, cit., p. 10.

**DEL PARADIGMA MÉDICO-REHABILITADOR
AL MODELO SOCIAL DE LAS PERSONAS
EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.
MARCO JURÍDICO Y APLICACIÓN EN
LA PRÁCTICA JUDICIAL***

*FROM THE MEDICAL-REHABILITATING PARADIGM
TO THE SOCIAL MODEL OF PEOPLE IN A SITUATION
OF DISABILITIES. LEGAL FRAMEWORK AND APPLICATION
IN JUDICIAL PRACTICE*

*Adriana Raffaeli** Patricia Stein*** Andrea Fornagueira**** María Beatriz Krede****
María Soledad Viartola Duran***** Fernanda Palma*****
(Colaborador: Darío Valenci)*

* Trabajo recibido el 15 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 11 de octubre del mismo año.

** Abogada, Especialista en Educación Superior, Profesora Adjunta de la asignatura I.E.C.A.; Profesora Asistente de Introducción al Derecho de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba; Profesora Asociada de Introducción al Derecho en la Universidad Blas Pascal. Correo electrónico: adriana20091961@hotmail.com.

*** Abogada, Especialista en Educación Superior, Profesora Adjunta por concurso de Derecho Privado I de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba; Profesora Asociada de la asignatura Derecho Civil I a y b, en la Universidad Blas Pascal. Correo electrónico: patristein@hotmail.com.

**** Abogada, Profesora Asistente por concurso de las asignaturas Derecho Privado I y Derecho Civil I de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba; correo electrónico: fornagueira@hotmail.com

***** Abogada, Especialista en Derecho de Familia, Profesora ayudante A, por concurso de Derecho Privado I de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba; Profesora Asociada de Derecho Civil I a y b, en la Universidad Blas Pascal. Correo electrónico: mkrede@hotmail.com

***** Abogada, Prosecretaria letrada del Juzgado de primera instancia y 24 nominación en o civil y comercial de la justicia de Córdoba. Correo electrónico: soleviartola@yahoo.com.ar

***** Abogada, Especialista en derecho judicial y de la judicatura, Profesora ayudante A, por concurso Derecho Privado I de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba; Secretaria de primera instancia en la secretaria electoral; correo electrónico: ferchupalma@hotmail.com

Resumen: El Código Civil y Comercial (2015) introduce cambios respecto a los derechos de las personas con discapacidad, armonizando así la legislación interna con los principios de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). El actual ordenamiento jurídico recepta el modelo social de la discapacidad dejando de lado el modelo médico-rehabilitador que contemplaba el código derogado, guardando coherencia también con la ley 26657 de Salud Mental (2010), que incorporó en nuestro derecho interno los postulados de la CDPD, y constituyó el puntapié inicial a partir del cual se enaltecó este camino hacia otra mirada, pues reconoce el derecho a acceder a la atención integral de su salud mental de acuerdo a las necesidades del caso en un plano de igualdad y no discriminación. En este contexto, estimamos necesario tratar el alcance tanto de la CDPD, de las normas nacionales y locales, contemplando la validez material y formal. Como así también, ponderar la adecuación a las pautas de la normativa fondal en la praxis judicial, sobre la base de los principios consagrados en el CCC, tales como el abordaje interdisciplinario, la posibilidad de participación del sujeto en el proceso bajo la mirada de la persona con diferencias como sujeto de derecho, recalcando su capacidad y la mejor manera de integrarse socialmente bajo el novel sistema de apoyos.

Palabras-clave: Salud mental - Restricción a la capacidad - Discapacidad - Apoyos.

Abstract: The Civil and Commercial Code (2015) introduces changes regarding the rights of persons with disabilities, thus harmonizing internal legislation with the principles of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The current legal system accepts the social model of disability, leaving aside the medical-rehabilitative model that contemplated the repealed code, also keeping coherence with Law 26657 on Mental Health (2010), which incorporated the postulates of the CRPD into our internal law, and I constitute the starting point from which this path was exalted towards another perspective, since it recognizes the right to access comprehensive mental health care according to the needs of the case on a level of equality and non-discrimination. In this context, we consider it necessary to address the scope of both the CRPD, the national and local regulations, contemplating the material and formal validity. As well as, weigh the adequacy to the guidelines of the substantial regulations in judicial practice, based on the principles enshrined in the CCC, such as the interdisciplinary approach, the possibility of participation of the subject in the process under the gaze of the person with differences as a subject of law, emphasizing their ability and the best way to integrate socially under the new support system.

Keywords: Mental health - Capacity restriction - Disability - Support.

Sumario: I. Introducción. II. Objetivos perseguidos en la indagación. A. Objetivos Generales. B. Objetivos Especiales. III. Metodología y formas de trabajo durante la investigación. IV. Marco jurídico, validez del sistema jurídico y eficacia de las normas. A. La adecuación interna de nuestro ordenamiento jurídico. B. Ley de salud Mental 26657. C. La llegada de un nuevo Código. D. Acerca de la Validez. E. Acerca de la Eficacia. V. Resultados generales de la indagación cuantitativa. VI. Conclusiones Generales. VII. Bibliografía.

I. Introducción

A partir agosto de 2015, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCC), la perspectiva de tratamiento de las personas en situación de discapacidad ha girado, desde un modelo rehabilitador del código derogado, a un modelo social de la discapacidad. Ello guarda coherencia sistémica con la ley 26657 de Salud Mental que ya, desde el 2010 había incorporado los postulados y principios de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) aprobada en diciembre de 2006 por la Asamblea General de Naciones Unidas e incorporada en el derecho argentino por Ley 26378 (2008), otorgándosele por Ley 27044 (2014) jerarquía constitucional.

Durante muchas décadas con el paradigma anterior, se concebía a la discapacidad como un problema que pertenecía exclusivamente a la persona con algún padecimiento. Era una anormalidad del sujeto, una deficiencia que socialmente era mirada con una connotación negativa. En el camino hacia el nuevo modelo, vemos que el punto de partida fue la incorporación de los tratados de derechos humanos con de jerarquía supranacional, en el año 1994 con la reforma constitucional. Este camino continuó con la constitucionalización de nuestro derecho privado plasmada en el CCC, donde son reconocidos específicamente por el artículo 1° que establece: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte (...)”.

El reconocimiento de los derechos humanos de las personas en situación discapacidad implica respetar a la persona en su dignidad y autonomía personal. Se parte de la idea de que son sujetos de derecho que deben involucrarse activamente en la vida social y reivindicar su autoestima, la igualdad y la no discriminación como toda persona con capacidad plena. Con una mirada superadora hacia un cambio cultural e interdisciplinario del tema, que tiene como centro a la persona humana que padece alguna discapacidad, y dentro de su contexto social, es que abordaremos en nuestra indagación un análisis detallado de la implementación de los sistemas de restricción a la capacidad receptado por nuestro CCC para que de modo crítico analicemos los cursos de acción de la normativa procesal en Córdoba con su consecuente implementación en el ámbito judicial.

Delimitado el entorno jurídico del tema planteado, tanto en la norma de fondo como en el procedimiento judicial de Córdoba, indagamos acerca de la validez de la adecuación de la ley de fondo a la Convención, para luego revisar si fueron efectivamente aplicados en el procedimiento de la Provincia de Córdoba, como asimismo en la jurisprudencia dictada a partir de la aplicación del nuevo CCC.

Nos avocaremos a ahondar acerca de la toma de conciencia, por parte de los operadores judiciales, del nuevo enfoque asumido por el CCC, en materia de restricción a la capacidad, tanto de las personas en situación de discapacidad física, como aquellas que padecen alteraciones mentales, y adicciones, con la finalidad de proveer al efectivo acceso a la justicia y al sistema tuitivo que impone la normativa respecto de estas personas.

Asimismo, analizaremos la coherencia en virtud de las pautas procesales evidenciadas en el nuevo código y la ley procesal de Córdoba, en esta temática. Ello con la finalidad de visualizar si resulta necesario adecuar tanto la normativa de fondo como de forma.

II. Objetivos perseguidos en la indagación

A. Objetivos Generales

- 1) Analizar la validez formal y material, entre: la CDPD, la ley de salud mental, el Código Civil y Comercial de la Nación y la ley de procedimiento de Córdoba.
- 2) Verificar la efectividad de este andamiaje jurídico en la jurisprudencia de la ciudad de Córdoba, visualizando si las medidas tanto cautelares como definitivas, adoptadas por los jueces desde la entrada en vigencia del CCC, satisfacen en la práctica, la tutela efectiva de los derechos de las personas en situación de discapacidad tanto física, como aquellas que padecen alteraciones mentales, y adicciones.
- 3) Indagar si en la práctica judicial se ha pasado efectivamente del modelo médico-rehabilitador al modelo social de la persona en situación de discapacidad.

B. Objetivos Especiales

- 1) Comparar la jurisprudencia desde la entrada en vigencia de la ley de salud mental (2010) y los fallos dictados a partir de la entrada en vigencia del nuevo CCC, en cuanto a la aplicabilidad de los principios sustentados por la CDPD.
- 2) Identificar las medidas de apoyo dictadas por los jueces en materia de limitación a la capacidad verificando si han existido modificaciones sustanciales en cuanto a las medidas tomadas antes y después de la sanción del código unificado.
- 3) Verificar la modalidad del cumplimiento de la revisión de las sentencias que restrinjan la capacidad.
- 4) Relevar si los efectos judiciales se adecuan a la interdisciplinariedad propuesta por el andamiaje jurídico.
- 5) Analizar la adaptación de las normas de procedimiento que abordan el tema en cuestión y su ajuste a las disposiciones mencionadas y a la realidad misma.

III. Metodología y formas de trabajo durante la investigación

Para observar si las normas de fondo y de forma se veían reflejadas en las decisiones judiciales respecto de las personas en situación de discapacidad, resultó necesario verificar los cursos de acción en la práctica.

La investigación desarrollada puede calificarse como de tipo exploratorio y descriptivo. La metodología de recolección de datos y posterior análisis aplicada en este trabajo ha sido cualitativo-cuantitativo.

En una primera etapa, mediante la metodología cualitativa, se analizaron las sentencias recolectadas en los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Córdoba. El método de muestreo fue de tipo no aleatorio, en forma intencionada o racional. Para ello se identificaron los Juzgados con competencia residual, es decir, se excluyeron los de Concursos y Sociedades y de Ejecuciones Fiscales y Particulares.

El universo se encuentra comprendido por el total de sentencias dictadas en causas de limitaciones a la capacidad en el período comprendido entre 2010 y 2019 (1.064). La muestra con un nivel de confiabilidad del 95% y 10% de error supone el relevamiento de doscientos ochenta y dos (282) sentencias.

Los resultados obtenidos provienen de la solicitud a los cuarenta y dos (42) Juzgados que habían dictado resoluciones en causas de limitaciones a la capacidad, habiendo logrado, en mayor o en menor medida, respuesta de todos ellos, por lo que se consiguió un relevamiento significativo de trescientas veinticinco (325) sentencias.

A partir de allí, y utilizando una técnica cuantitativa, y en función de los datos contenidos en las resoluciones, se realizó un cuadro de doble entrada en Excel, conteniendo, en forma normalizada, los datos necesarios, tales como: si era anterior o posterior al 01/08/2015; si era primera sentencia o de revisión; motivo por el cual se solicitaba la declaración (enfermedad mental, disminución en las facultades, adicciones, etc.); la mención de la intervención del equipo multidisciplinario y de la entrevista personal; y si se declaraba la incapacidad (artículo 32 in fine, CCC) o la limitación a la capacidad.

En estos últimos casos, se discriminaron los actos prohibidos totalmente, los limitados y los autorizados a realizar sin apoyo; Además, se determinó en cada caso, las personas que fueron designadas como tales.

IV. Marco jurídico, validez del sistema jurídico y eficacia de las normas

A. La adecuación interna de nuestro ordenamiento jurídico

Luego de haber suscripto la CDPD, se comienza con la adecuación normativa en materia de restricción a la capacidad de aquellas personas con padecimientos mentales o adicciones con el dictado en el año 2010 de la ley de salud Mental, que recepta el nuevo paradigma del Modelo Social de la discapacidad. Por cierto, la adecuación tuvo un punto decisivo con la sanción del CCC.

Se analiza sucintamente ambas, a los fines de justificar la validez formal y material del ordenamiento jurídico argentino.

B. Ley de salud mental 26657

En el orden de adecuación de las normas a la CDPD, tenemos la ley 26657 de Salud Mental, la pionera en bregar por el nuevo paradigma de la discapacidad.

En el marco de la mencionada ley, el artículo 3 “reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona”.

El fin primordial de la ley es, entonces, asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos, con jerarquía constitucional, de aquellas que se encuentran afectadas por alguna enfermedad mental e incluso adicciones. Este cuerpo normativo busca regular la situación de un grupo de personas que pueden ser restringidas en su capacidad por estar afectadas en su salud mental, o por padecer adicciones.

Es la ley 26657 y su reglamentación (decreto ley 603/13) la que provocó el verdadero giro del modelo tutelar de incapacidad que contenía el Código Civil, que encontraba justificación en la finalidad de protección y contención de los enfermos mentales partiendo del prejuicio de su “peligrosidad” (razón por la cual la protección se dirigía más a la sociedad que al paciente mediante aislamiento, reclusión y medicalización indiscriminada) hacia un modelo social¹ que tiene como eje fundamental el respeto de la dignidad de la persona con padecimiento mental y principios como el de la desinstitucionalización, dignidad de riesgo², respeto al derecho a participar y a su mayor autonomía residual posible³.

(1) Se ha afirmado que el modelo social de la discapacidad (conocido también como de barreras sociales) sostiene que la noción de persona con discapacidad no se basa en la diversidad funcional de aquella; sino en las limitaciones o restricciones sociales que experimenta. La discapacidad es la desventaja causada por la organización social contemporánea que no considera (o lo hace de manera insuficiente) a la persona que tiene diversidades funcionales y que las excluye de la participación en las actividades corrientes de la sociedad. La discapacidad asume un sentido multidimensional referido a la interacción de la persona y su entorno físico y social, o entre las características de salud y los factores contextuales; VALENTE, Luis Alberto. “Derechos Personalsísimos y protección de las personas con discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *DFyP* 2014 (noviembre), 201. En igual sentido SILVA, Cristina - PAGANO, Luz María. “El conocimiento de los Derechos Humanos, herramienta ineludible para garantizar el respeto de las personas con discapacidad”, *Portal de intranet del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba*.

(2) Al respecto, se ha dicho que el respeto del modelo social implica que no debe privarse a la persona de su posibilidad de elegir y actuar. La aplicación del sistema creado a partir de la Convención de la ONU para Personas con Discapacidad debe guiarse por el principio de la “dignidad del riesgo”, es decir, el derecho a transitar y vivir en el mundo, con todos sus peligros y la posibilidad de equivocarse. En contraposición a este paradigma, los sistemas jurídicos de muchísimos países, tutelares y asistencialistas se han basado en la dicotomía clásica entre “capacidad de derecho” -o capacidad de goce- y “capacidad de hecho” -o capacidad de ejercicio-, reconociendo la primera, pero no la segunda, y de esa manera se ha cercenado sistemáticamente la posibilidad de que, en la práctica, puedan ejercer sus derechos, bajo la excusa de proteger a las personas con discapacidad de “los peligros de la vida en sociedad”; LAFFERRIERE, Jorge Nicolás - MUÑIZ, Carlos. “La capacidad jurídica de las personas con enfermedad mental durante el proceso en el nuevo Código Civil y Comercial”, *SJA* 2015/02/18-3; *JA* 2015-I.

(3) El modelo decimonónico apoyado en la dualidad “capacidad plena-incapacidad absoluta” que desde una perspectiva biológico-jurídica vio en la enfermedad el centro neurálgico del

La ley de Salud Mental constituye el hito legal que genera el abandono del sistema del Código Civil dominado por el criterio médico-legal que trataba a las personas con discapacidad mental o intelectual como “dementes”, los caracterizaba como incapaces y sustituía su voluntad, privándolos de actuar en la vida civil por sí mismos (modelo de sustitución en la toma de decisiones), para dar paso a un modelo social de “justicia de acompañamiento”, basado en el respeto de los derechos humanos, caracterizado como un sistema de apoyos en la toma de decisiones (modelo de asistencia en la toma de decisiones)⁴.

Este nuevo sistema de abordaje legal de la enfermedad mental sugiere dos ejes fundamentales de trabajo a saber: a) un rol más activo del juez en la “escucha” de la persona; b) un enfoque interdisciplinario⁵.

El principio general que instaura la ley especial es la presunción de capacidad de todas las personas. Ello conlleva la prohibición de hacer diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de su status político, socio-económico, pertenencia a un determinado grupo social, demandas familiares o laborales, elección o identidad sexual, o la mera existencia de antecedente de tratamiento u hospitalización (artículo 3°).

Otros principios que emanan de su articulado son los siguientes: a) Respeto a los derechos humanos de las personas con padecimientos mentales; b) No discriminación; c) Reconocimiento de su mayor autonomía residual posible; d) Abordaje interdisciplinario en la atención de la salud mental; e) Presunción de capacidad como regla y excepcionalidad de la restricción a su ejercicio.

Este nuevo criterio permite el análisis de la capacidad jurídica a la luz del enfoque de los derechos humanos, e introduce una visión más abarcativa de la persona y las relaciones humanas y en consecuencia, de sus efectos jurídicos.

problema, y propuso una solución segregativa del “incapaz”, absolutamente substitutiva de la voluntad del enfermo, no encuentra lugar en el nuevo engranaje. Frente a ese modelo “rehabilitador” -y pese a los parciales avances que significó la incorporación de los artículos 152 bis y 152 ter al Código de Vélez- el CCyC consolida el tránsito hacia un modelo Social de la Discapacidad, que ya no hace foco en el individuo (como único problema) sino en la Sociedad, en la comunidad en su conjunto, para regular la materia que nos ocupa. PICCINELLI, Ornela Cecilia. “Ajustes razonables del proceso de declaración de incapacidad (Consideraciones a propósito del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación)”, *Portal de intranet del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba*.

(4) El juez debe actuar en función protectora, preventiva, asumiendo misiones múltiples de gestor, tutelador y garante del interés público comprometido, para arbitrar las soluciones más acordes al interés superior de las personas con capacidades restringidas, a tono con el deber de aseguramiento positivo que corresponde al Estado en todas sus ramas y particularmente al judicial. BERIZONCE, Roberto Omar. “Los procesos de restricción a la capacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Derecho Procesal*, 2013, I, Editorial Rubinzal Culzoni, Año 2013, p. 203.

(5) FAMÁ, María Victoria - HERRERA, Marisa - PAGANO, María Luz. “Salud mental en el Derecho de Familia”, *Colección Derecho de Familia y Sucesiones*, director Jorge O. Aspíri, actualización, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 23.

C. *La llegada de un nuevo código*

La CDPD, tras reconocer que todas las personas con discapacidad incluyendo la mental e intelectual (artículo 1°), sin distinción, tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 12.1) y que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, en todos los aspectos de la vida (artículo 12.2), a fin de garantizar el pleno ejercicio de la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad, prevé que los *Estados adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica* (artículo 12.3).

El CCC armoniza el bloque de constitucionalidad con el derecho interno. El haber plasmado los derechos humanos en nuestro código implicó el respeto de la dignidad y la voluntad, en especial para las personas con discapacidad.

El CCC refuerza que nuestra legislación evoluciona desde el modelo Médico-Rehabilitador hacia el modelo Social de la discapacidad en el que se impone la interdisciplinarietà al tiempo del diagnóstico, la participación en los procesos judiciales del mismo sujeto, el reconocimiento de su capacidad jurídica, la excepcionalidad de las restricciones y sólo en beneficio de la persona, la priorización de las alternativas terapéuticas menos restrictivas atendiendo a las circunstancias personales y familiares del sujeto, la institución de los sistemas de apoyo y la revisión periódica de las sentencias judiciales.

Analizaremos algunos tópicos del CCC que son relevantes a los fines de nuestra investigación:

a) *Los apoyos*

El CCC construye un sistema en el que el juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alternación mental permanente o prolongada siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes (artículo 32) y en relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. Incorpora esta figura novedosa en nuestro derecho, el “apoyo para la toma de decisiones”, propia del modelo social de discapacidad, tal como lo prescribe el artículo 12.3 de la CDPD.

Al dictar sentencia el juez debe decidir el sistema de protección: declarar la restricción de la capacidad de ejercicio, determinando las medidas de apoyo y detallando las funciones y actos que se limitan, o bien, sólo excepcionalmente, podrá declarar la incapacidad, designándole un curador con facultades de representación cuando *la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno*

y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz (artículo 32 último párrafo).

La falta o disminución de la capacidad de ejercicio se suple con la representación o con la asistencia. La representación importa un sustituir al representado en el otorgamiento del acto. La segunda, tomada esa palabra en el sentido de asistencia jurídica, es una distinta forma de proteger a las personas con capacidad restringida, respecto de las consecuencias perjudiciales que podrían resultar con ocasión del otorgamiento de los actos jurídicos que celebre. En los casos de apoyo o asistencia se configura una “adición” de voluntades. Se trata de un acto complejo que se integra con la voluntad sustancial del principal interesado (el restringido en su capacidad) y la confirmativa del apoyo, que actúa como su asistente.

Asimismo, el artículo 102 del CCC establece: “Asistencia. Las personas con capacidad restringida y las inhabilitadas son asistidas por los apoyos designados en la sentencia respectiva y en otras leyes especiales”.

El apoyo puede consistir en cualquier medida dispuesta de manera judicial o extrajudicial que tienda a fomentar la autodeterminación de las personas, que ayude al interesado a desarrollarse como persona, permitiéndole tomar sus propias decisiones. El objetivo principal del apoyo es «facilitar» a la persona la «toma de decisiones». Con lo cual resulta evidente que el objetivo del apoyo no es decidir «por» la persona, el apoyo no desplaza o sustituye a la persona, sino que se sitúa al lado, procurando que sea ésta quien en última instancia decida (Kraut-Palacios)⁶.

b) La revisión de las restricciones a la capacidad o declaraciones de incapacidad

Sin embargo, en base a los postulados esgrimidos por el nuevo paradigma y que la discapacidad no resulta un estado inmutable, sino al contrario, se trata de una situación que puede variar en el tiempo y en el contexto, ya sea en virtud de que el sujeto adquiera nuevas capacidades o las pierda; alcanza importancia la posibilidad y la obligatoriedad de que cualquier declaración al respecto pueda y deba ser factible de revisión y modificación. Así lo establece expresamente el artículo 40 del CCC, por lo que los operadores de la justicia -Ministerio Público Púpilar (en Córdoba las Asesorías Letradas) y los jueces- deberán proceder a su revisión en un plazo no superior a tres años, o en cualquier momento, a instancias del propio interesado.

Por su parte, el artículo 47 del mismo cuerpo normativo establece que el cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad debe decretarse por el mismo juez que la declaró. Ello fija nuevamente la regla de competencia con idénticos fundamentos a los señalados al comienzo de este capítulo. La intermediación y todo lo

(6) KRAUT, Alfredo J. - PALACIOS, Agustina. “ Artículos 31 a 50”, en LORENZETTI, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación*, t. I, pp. 125 a 269, citado en: RIVERA, J. C. - CROVI, L. D. *Derecho Civil. Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

que conlleva este principio hace de aplicación indiscutible la regla de competencia impuesta por esta disposición. Claro está que dictará su resolución de cese total o parcial previo examen de un equipo y bajo las pautas establecidas por el artículo 37, ampliando o limitando en su caso, la nómina de actos que puede realizar por sí o con la asistencia de su apoyo.

c) La interdisciplinariedad

El criterio flexibilizado de trabajar de modo conjunto con otras disciplinas que estudian la discapacidad ya se deja ver en la ley 26657, en donde se pone de relieve el reconocimiento de la dignidad de la persona con padecimiento mental, en especial en el artículo 3 ib. Esto se traduce en que la atención en la Salud Mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario (artículo 8), además de que el proceso debe realizarse preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalario y, si esto fuera necesario, deberá considerarse como un recurso terapéutico de carácter restrictivo y excepcional.

Por lo tanto, desde la sanción de la ley de Salud Mental (año 2010) se exige que toda persona denunciada con padecimiento mental o adicciones, sea sometida a examen de un equipo interdisciplinario. En efecto, para que proceda la declaración de incapacidad, como requisito de forma, se requiere previamente el dictamen del equipo interdisciplinario en el que se establezca el diagnóstico, pronóstico, fecha aproximada de la aparición de la enfermedad y necesidad de internación, si la hubiere (artículos. 14, 15, 16 ley 26657, artículo. 5, 14, 15, 16 del decreto reglamentario 603/13).

El abordaje interdisciplinario es una consecuencia de la conceptualización de salud mental que introduce la ley especial que en su artículo 3° ya citado. Mediante esta nueva conceptualización se procura terminar con la hegemonía médico psiquiátrica que presidía la materia, para sustituirla por mecanismos jurídicos de protección psicosocial, con un enfoque integral de la salud mental a través del aporte de disciplinas como la bioética, la psicología, el trabajo social, entre otras.

Como se señaló, el principio ya se encuentra receptado por el artículo 8° del mismo cuerpo normativo que reza: *“Debe promoverse que la atención en salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente (...)”*.

Por su parte, el artículo 9° establece: *“El proceso de atención debe realizarse preferentemente fuera del ámbito de internación hospitalario y en el marco de un abordaje interdisciplinario e intersectorial (...)”*.

La ley enfatiza la coexistencia de componentes de diversa índole, exigiendo una mirada integral de la persona que requiere el diálogo entre distintos saberes⁷. En los equipos de salud “(...) *lo interdisciplinario se manifiesta cuando la distribución de funciones y la importancia relativa de cada saber se define en relación al problema y no por el peso o tradición de cada profesión*”⁸.

En el CCC la garantía de interdisciplinariedad se refuerza en los artículos 37 (exigencia de dictamen interdisciplinario) y 41, que regula la internación, al exigir que ésta deba estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario.

D. Acerca de la validez

Entendemos por validez de las normas, que ellas hayan sido dictadas acorde a las leyes con supremacía constitucional. Vimos como el ordenamiento jurídico interno fue adecuándose a los principios previstos en CDPD.

Nuestra legislación posterior fue conteste al armonizar la restricción de la capacidad a la referida convención, tanto desde el punto de vista lingüístico como jurídico.

El fin primordial de la mencionada ley 26657 y del CCC, es asegurar el derecho a la protección de la salud de todas las personas que se encuentran afectadas por alguna enfermedad mental o adicciones, y el pleno goce de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía internacional. La presunción de la capacidad de las personas humanas se mantiene aún en estos supuestos y por ello se implementan una serie de criterios que flexibilizan el sistema para su limitación por razones de salud mental o adicciones, cuyo grado y modo de suplirla resultan de la mayor o menor gravedad del estado de cada individuo.

La ley de Salud Mental y el CCC se adecuan a la búsqueda de un sistema de apoyos para lograr una situación de igualdad, a fin de la integración social de las personas con padecimiento mental o adicciones o cualquier discapacidad física, recortando su capacidad de la menor medida posible.

Su introducción en el código unificado constituye un claro ajuste o armonización del derecho interno a las Convenciones internacionales suscriptas por el país. Esto obedece a que el nuevo ordenamiento abandona la mirada exclusivamente patrimonialista que caracterizaba al Código Civil, sustituyéndola por una integral de los aspectos personales y patrimoniales de la persona con discapacidad, más

(7) FAMÁ, María Victoria. Ob. cit.

(8) STOLKINER, Alicia. “La interdisciplinar: entre la epistemología y las prácticas”, *Revista del Campo psi*, Año 3, N°10 (1999), Rosario, “Interdisciplina y salud mental”, Documento de las Jornadas Nacionales de Salud mental (obtenido en <http://www.psi.uba.ar>).

acorde a los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (artículo 12 CDPD y artículo 3 de la ley 26657)⁹.

Los principios y reglas que regulan la restricción o restricciones plasman en el CCC el reemplazo de un modelo de “sustitución en la toma de decisiones” por un modelo de “apoyo en la toma de decisiones”.

Se construye un derecho que no niega al sujeto protegido, sino que lo integra, le reconoce subjetividad, y por las características especiales que lo diferencian, estructura un sistema de protección que se da en la inclusión y la “igualdad asistida” y no en la marginación por la “diferencia estigmatizada”¹⁰.

En el marco de la coherencia del régimen jurídico argentino podemos decir que el sistema, en la temática que nos ocupa, es formalmente válido, en tanto fue adecuándose a las normas de rango constitucional. El ordenamiento a partir del 2014 dio un importante avance en orden a la constitucionalización del orden interno, tan es así que hubo importantes reformas, en especial por el reconocimiento de sistemas de apoyo a partir del dictado del CCC (ya previsto por la Convención) lo que otorga plena validez material a las normas dictadas en esta temática.

E. Acerca de la eficacia

Para indagar si las sentencias judiciales se encuentran adecuadas a los principios contemplados en la Convención, se tomaron dos cursos de acción:

a) Un breve análisis de las normas procesales contenidas en el Código Procesal Civil y Comercial (CPCC) dentro de la acción de limitación a la capacidad.

b) La observación de cómo se llevan en la práctica judicial estos procesos, y si se observa lo previsto en el CCC.

Análisis de las normas procesales vigentes

El reconocimiento de los derechos humanos de las personas en situación de discapacidad no resulta ajeno al derecho procesal, pues su mirada se impone di-

(9) En esa línea se ha dicho que la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad (CDPD) adhiere al modelo social de la discapacidad, estableciendo que estas personas deben de ser tratadas como sujetos de derecho, con igual dignidad y valor que las demás, y que es obligación del Estado reconocer su titularidad en todos los derechos, pero también, fundamentalmente, su capacidad plena de ejercerlos por sí misma; DUIZEIDE, Santiago G. “El nuevo paradigma social de la discapacidad”, *LL Litoral* 2015 (diciembre), 1154 - DFyP (marzo), 189.

(10) El concepto de “igualdad asistida” no alude a la igualdad como concepto retórico, sino a la paridad de trato que implique el reconocimiento de los mismos derechos y garantías que a los demás y la misma posibilidad de acceso a diferentes recursos, pero con la asistencia del Estado que, por medio de políticas públicas y legislativas construya esa igualdad en función de la diferencia. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, , Ariel, Barcelona, 2002, p. 332.

ferente al proceso anterior a la reforma introducida por el CCC. Al ser reconocida la persona como sujeto de derecho, el eje se centra hoy en un enfoque integral del individuo, lo cual implica que todo proceso se oriente hacia el respeto a la persona en su dignidad y autonomía personal. Desde este ángulo, el procedimiento llevado adelante a los fines de la declaración de incapacidad o la restricción a la capacidad, desde su comienzo y hasta el dictado de la resolución, no tiene como objetivo la estigmatización de la persona sino el reconocimiento de sus derechos por su vulnerabilidad y siempre en su beneficio. Involucrarse activamente en la vida social, reivindicar su autoestima y la no discriminación en un plano de igualdad con toda persona con capacidad plena es el primer objetivo a tener en cuenta en cualquier etapa del proceso.

El rol del juez

Con el nuevo paradigma social delineado, los magistrados, en la práctica fueron dejando de lado las disposiciones procesales establecidas por el CPCC pues, la discordancia normativa y alejamiento de los objetivos fijados por el marco legal sustancial impusieron un nuevo tratamiento de las causas. La incorporación de normas de procedimiento en el texto de fondo resulta hoy ineludible y de cumplimiento forzoso.

En base a ello, el Alto Cuerpo Provincial a poco de entrar en vigencia el nuevo ordenamiento civil y comercial, esto es el 19/08/2015 dicta el Acuerdo Reglamentario (en adelante AR) N°1301, Serie "A" en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 166, corr. y cc. de la Constitución Provincial y artículo 12 de la ley Orgánica del Poder Judicial (N°8435). Allí se promueven medidas de acción oficiosa a los efectos de alcanzar las metas señaladas. Se invita a los jueces, asesores y funcionarios judiciales a que implementen todas las disposiciones conducentes al respeto de los principios sentados por el Código de fondo, así como también promover espacios de intercambio sobre la temática. Por su parte, el considerando segundo expresamente refiere: *"en pos de tales objetivos, se torna menester efectuar adaptaciones e instrumentaciones adecuadas, desde una perspectiva flexible, para garantizar el cumplimiento desde el plano constitucional y convencional"*.

El CCC en el artículo 31 establece "reglas generales" de actuación. Estas dan cuenta que la capacidad será el principio a partir del cual, eventualmente, podrán disponerse por el juzgador, restricciones puntuales y no interdicciones generales. En concordancia con ello, en el AR N°1301 referido, se dispuso minuciosamente las "Líneas iniciales de Adecuación al Código Civil y Comercial Unificado de la Nación en los artículos 31 y siguientes", propendiendo a la unificación en la actuación de los tribunales provinciales en el encauzamiento, tratamiento y procedimiento de este tipo de causas.

En el artículo 1 del Acuerdo se establece que, a los fines de determinar la necesidad de un sistema de apoyo del sujeto para el acompañamiento de una persona, los Jueces, Fiscales y Asesores deberán requerir la asistencia de la Dirección de Servicios Judiciales y de la Oficina de Derechos Humanos. Surge palmaria la interdisciplinarietà del asunto y el acento sobre la intervenci3n activa del estado en sus distintas aristas a trav3s de los diferentes 3rganos del Poder Judicial.

Por su parte y desde el sujeto involucrado, el artículo 2 lo define como parte necesaria, que puede participar personalmente para ser escuchado y aportar todas las pruebas que hagan a su defensa, todo en consonancia con la regla del artículo 31 inciso e) del CCC que le confiere la facultad expresa de participar en el proceso judicial con asistencia letrada, la que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios, y el artículo 36 del mismo cuerpo normativo, que califica como parte a la persona en cuyo inter3s se lleva adelante el proceso, destacando la posibilidad de aportar todas las pruebas que hagan a su defensa.

Adem3s, admitida la demanda, surge la intervenci3n obligada y complementaria de un asesor letrado en los t3rminos del artículo 103 inc. a) del CCC. Era el anteriormente denominado representante promiscuo; su omisi3n podr3a acarrear la nulidad relativa del acto. A modo de aclaraci3n cabe decir que, si bien la normativa desarrollada hace menci3n a la actuaci3n del Ministerio P3blico en este tipo de procesos, el Excmo. Tribunal Superior de Justicia de C3rdoba, en funci3n de las atribuciones y consideraci3n a la diversidad existente en la mayor3a de las provincias sobre la nominaci3n del representante del estado, dict3 el Acuerdo Reglamentario N° 1305 Serie "A" de fecha 01-09-2015, zanjando dicha disquisici3n. En 3l se determina que el art. 103 del c3digo de fondo, cuando refiere al Ministerio P3blico convoca a los Asesores Letrados en atenci3n al rol de tutela y representaci3n que a nivel provincial se les ha asignado conforme la ley de Asistencia Jur3dica Gratuita N°7982 (art3culo 12).

En conclusi3n, los derechos a la participaci3n de la persona en el proceso, a la asistencia letrada y a la designaci3n de un asesor letrado que complemente su representaci3n, se imponen como regla general la cual debe ser respetada y controlada por los operadores jur3dicos a lo largo del proceso, bajo pena de nulidad. El sujeto es parte, y partiendo de ese eje deben asegur3rsele las garant3as pertinentes, pudiendo llevar adelante todos aquellos actos que son reconocidos por el ordenamiento procesal y que garantizan su defensa.

Por su parte, y correlativo al dictamen de los profesionales de la salud que dependen del Estado, la normativa formal asegura y autoriza a la persona que solicit3 la restricci3n a la capacidad o su incapacidad a ofrecer toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados en su escrito inicial. En igual sentido la norma de fondo refiere insistentemente sobre tal prerrogativa que ata3e a la persona, esto es "*aportar todas las pruebas que hacen a su defensa*" (art3culo 36 primer p3rrafo 3ltima parte). Este aspecto tambi3n es tratado por el CPCC en su art3culo 833, cuando es-

tablece la posibilidad al “presunto insano” -tal la nomenclatura que aún persiste en ese cuerpo normativo- de aportar todas las pruebas que hagan a la defensa de su capacidad. Más allá de la inadecuada calificación del sujeto, la norma procesal refleja también la posibilidad señalada.

Finalmente, otra de las líneas iniciales de adecuación se revela en el artículo 5 del AR N°1301, en coherencia sistémica con el artículo 35 del CCC. Impone al juez, previo al dictado de su resolución, la audiencia personal para tomar contacto con el sujeto. De esta manera se permite al magistrado apartarse de la rigidez formal que envuelve al procedimiento civil y captar, por medio de la inmediatez, circunstancias que le permiten aclarar los hechos invocados por escrito. La audiencia personal deberá registrarse en base a un formulario predeterminado que forma parte del acuerdo relacionado, pues así lo ordena el propio acuerdo.

Transitadas todas estas actuaciones, se ordena el traslado del artículo 838 del CPCC, pero con algunas modificaciones. Éste señala que, producido el informe de los facultativos, hoy informe interdisciplinario, y demás prueba, se dará traslado por cinco días determinando el orden a seguir: primero al peticionante, luego al “presunto insano” (hoy persona usuaria del servicio de salud mental, persona con discapacidad psicosocial, persona con padecimiento mental o persona con uso problemático de drogas)¹¹, y por último, a los asesores letrados interviniente en su carácter de complementario y asistente técnico. Después del cumplimiento de todos los actos procesales, el magistrado, debe dictar sentencia en busca de la tutela efectiva de los derechos de la persona vulnerable. También en su resguardo, el artículo 37 del CCC fija los puntos sobre los que debe pronunciarse obligadamente el juez interviniente. Determina contundentemente en su último párrafo que, para expedirse “*es imprescindible el dictamen de un equipo interdisciplinario*”. Sin embargo, en base a los postulados esgrimidos por el nuevo paradigma y que la discapacidad no resulta un estado inmutable, sino al contrario, se trata de una situación que puede variar en el tiempo y en el contexto, ya sea en virtud de que el sujeto adquiera nuevas capacidades o las pierda, alcanza importancia la posibilidad y la obligatoriedad de que cualquier declaración al respecto pueda y deba ser factible de revisión y modificación. Así lo establece expresamente el artículo 40 del CCC.

Por ello, se entiende que la actuación del juez como director del proceso se visualiza desde una mirada diferente, a través de las atribuciones y facultades con que se lo ha dotado, por lo que se espera una actuación más dinámica, reflexiva y hasta flexible. Se lo necesita activo y preocupado por el bienestar de las personas con padecimientos mentales o adicciones.

(11) Terminología a que se refiere el AR 1301 serie A del 19/08/2015.

V. Resultados generales de la indagación cuantitativa

a) Declaración de incapacidad y limitaciones a la capacidad: En el 63% de los casos se limitó la capacidad, mientras que en el 37% se declaró la incapacidad.

Si tomamos como referente el artículo 32 del CCC, luce un número significativo de declaración de incapacidades, a pesar que la norma establece que serán excepcionales.

b) Limitaciones a la capacidad por juzgado: En el 69% de los juzgados, más del 50% de las sentencias han sido de limitación, mientras que en el 14% ha sido exactamente la mitad, y el 17% de los juzgados han declarado la limitación en menos del 50% de sus sentencias.

Esto es indicativo que en la mayoría de los juzgados la limitación es la regla y la incapacidad es la excepción.

c) Limitaciones a la capacidad por clase de enfermedades: En el 55% de los casos las enfermedades han producido un retraso mental grave o moderado, siguiéndole en cantidad los trastornos psicóticos (13%).

d) Limitaciones e incapacidades de acuerdo a las enfermedades más relevantes: Se ve que en los casos de retraso mental grave, síndrome demencial y retraso mental profundo se declara en mayor medida la incapacidad, mientras que mayoritariamente se la limita en los restantes casos.

e) Primeras sentencias y de revisión: es muy escasa la producción de sentencias de revisión, de aquellas sentencias que estarían en condiciones de ser revisadas conforme el artículo 40 del CCC, ya que representan solamente el 4% de las dictadas por los Juzgados. Para la obtención de estos resultados, debido a que no pudo relevarse la totalidad de las sentencias dictadas por cada juzgado, se realizó una proyección en función de los datos colectados.

f) Sentencias revisadas de las dictadas entre el 01/08/2015 al 31/12/2018: es muy escasa la cantidad de sentencias de revisión que son dictadas.

g) Interdisciplina: Se advierte que en el 97% de las causas relevadas se ha dado intervención al Equipo Técnico interdisciplinario, integrado en la Ciudad de Córdoba por médico psiquiatra, psicólogo y trabajador social. En un 2% no se menciona en el fallo si se le ha dado la debida intervención y sólo en el 1% no se le ha dado la misma.

h) Sistemas de apoyo: Con anterioridad a la entrada en vigencia del CCC, se advierten en las sentencias analizadas, que en su gran mayoría se declaraba la “incapacidad de ejercicio de la persona” y se le nombraba un “curador definitivo” con funciones de representación para todos los actos de la vida civil.

En cambio, en la mayoría de las sentencias analizadas posteriores a la entrada en vigencia del CCCN se decide la “limitación o restricción a la capacidad”, que-

dando la declaración de “incapacidad”, reservada excepcionalmente y con criterio restrictivo para aquellos casos con “retraso mental grave” en que la persona no puede expresar por sí mismo su voluntad, conforme a lo dispuesto por artículo 32 último párrafo del CCC. En esos supuestos se designa un “curador”, que actúa en nombre y representación de la persona declarada incapaz.

VI. Conclusiones generales

Al analizar la efectividad de este andamiaje jurídico en la jurisprudencia de la ciudad de Córdoba, visualizando si las medidas adoptadas por los jueces desde la entrada en vigencia del CCC, satisfacen en la práctica la tutela efectiva de los derechos de las personas en situación de discapacidad tanto física, como aquellas que padecen alteraciones mentales, y adicciones. Se advierten bondades y algunas *falencias*:

Lenguaje utilizado: se detectan ciertas inconsistencias en el lenguaje utilizado. A modo de ejemplo, en algunos fallos de limitación de la capacidad se continúa hablando de curador, pese a que la norma de fondo habla de “apoyos” que sería la figura pertinente para estos casos. Otros nombran curadores y apoyos a la vez, pese que jurídicamente debería unificar el lenguaje, pues las funciones de unos y otros son diferentes.

Incapacidad como excepción: Algunas sentencias no cambian el criterio a la hora de la revisión de las viejas declaraciones de incapacidad, pese a que en ellas se autoriza la ejecución de ciertos actos según la patología; al momento de revisar mantienen la incapacidad de la persona. Llama la atención, pero como advertimos, son pocas las sentencias revisadas para obtener un parámetro final.

Interdisciplina: Relevados los datos estadísticos, se advierte que de las resoluciones dictadas por los Tribunales Civiles de la Ciudad de Córdoba desde la sanción de la ley de Salud Mental (año 2010) y antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial unificado (2015), y a partir de allí hasta la actualidad, los efectos judiciales se han adecuado al criterio de interdisciplinariedad propuesta por el andamiaje jurídico, Esto demuestra que los Tribunales de Primera Instancia de esta Ciudad de Córdoba aplican en sus resoluciones el principio sustentado por la CDPD, en cuanto la interdisciplinariedad al tiempo del diagnóstico.

Contacto personal del juez con el interesado/a: Se advierte que el contacto personal del juzgador está presente mediante audiencias que el juez toma de modo personal. La personalización es exigida en las declaraciones en nuestro orden jurídico, y está siendo respetada en los procesos.

Personalización en las sentencias: Se advierte en muchos de los fallos analizados el excesivo uso de fórmulas estándar que se repiten en las distintas resoluciones, sin respetar en cada caso particular la situación y necesidades concretas de cada persona. Es decir, no se respeta adecuadamente el principio impuesto por CDPC

y CCC que impone una “personalización de la sentencia”, debiendo adecuarse la misma a las particularidades de cada persona y lo que ella requiere efectivamente promoviendo su autonomía y permitiendo la manifestación de su voluntad en el ejercicio de sus derechos.

Sistemas de apoyos: se advierte modificaciones importantes ya que estas últimas procuran hacer efectivo el cambio de paradigma impuesto por la CDPD y receptada por el CCC adecuando las resoluciones a dichos postulados.

En general, la designación del sistema de apoyo recae sobre un familiar directo de la persona, representados como sus referentes afectivos y quienes se encargan del cuidado integral: cónyuge, padre, madre, hermano o hermana, hijo o hija en forma singular. En otros supuestos de designación plural, recae sobre ambos progenitores y/o un progenitor y hermano/a. Solo excepcionalmente ante la falta de familiares que puedan asumir ese rol la designación de apoyo recae sobre directivos de instituciones y/o ONG o en algunos casos puntuales se designa al Ministerio Público a través de alguno de sus asesores.

En las resoluciones analizadas, posteriores al 2015, las funciones asignadas al apoyo son de acompañamiento y asistencia, como por ejemplo el traslado de la persona en transporte público, la práctica de actividades recreativas con familiares, las actividades deportivas, el desenvolvimiento laboral en talleres terapéuticos, el ejercicio de sus derechos civiles, sociales y políticos, las salidas con amigos y con novia/o, la concurrencia a espectáculos públicos, etc.

La determinación de las funciones de los apoyos, cuando se trata de actos de contenido patrimonial, parece más clara, asignándole al/los apoyo/s designados, en la mayoría de los casos, funciones de representación. No resulta muy claro la determinación de las funciones del apoyo en la esfera de actos de contenido extrapatrimonial y, especialmente, con los actos del cuidado para obrar por sí mismo, debiendo intervenir el/los apoyo/s designados. En cuanto a las funciones de los apoyos, se distinguen las de “representación”, y las de “asistencia”. Las primeras se refieren en su mayoría, tanto a actos jurídicos de disposición y administración patrimonial. Con relación a los actos de la esfera extrapatrimonial, las funciones asignadas a los apoyos son para los actos referidos a la salud de mayor trascendencia, como las prácticas o tratamientos médicos invasivos, o que comprometan el estado de salud de la persona o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física, actos de disposición del propio de la cuerpo y actos de la vida cotidiana. Se advierte una tensión entre caer en una sobreprotección por exceso o en un abandono por defecto. Según lo dispuesto en la CDPD y en el CCC, las medidas de apoyo deben ser personalizadas, adecuadas a cada caso en particular, sin aplicar fórmulas rígidas o estándares que no contemplen las necesidades concretas de la persona con limitaciones en su capacidad. La gestión del apoyo debe ser proporcional a las necesidades de complementación, respetando el margen de autonomía posible, para asegurarle así a la persona el efectivo ejercicio y promoción de sus derechos.

Revisión continua: A pesar que en la mayoría de las sentencias, en su parte resolutive indican su revisión en los términos del artículo 40 del CCC. El porcentaje que muestran las estadísticas es bajo, pese haber transcurrido más de tres años de la entrada en vigencia del CCC.

Comunicación-publicidad: Los juzgados ordenan oficiar al Registro Civil y de Capacidad de las personas, como acto de publicidad de la limitación ordenada. Sólo algunos tribunales realizan el análisis acerca de si las personas limitadas en su capacidad puedan o no realizar actos cívicos y por ende sólo estos ofician a la Junta Electoral de la Provincia para su debido conocimiento.

Adecuación de las normas de procedimiento: Si bien es cierto que el CCC estipula normas procedimentales para la declaración incapacidad o limitación a la capacidad, y que, además en nuestra Provincia existen acordadas que regulan al respecto (AR 1301 y 1305 dictados por el TSJ), no menos cierto es que nuestro Código de Procedimiento Civil y Comercial aún no ha sido reformado para adecuarlo al CCC.

Como observadores del andamiaje jurídico, en las normas de fondo el legislador ha formulado las reglas necesarias para la adecuación del sistema a las normas internacionales.

No obstante, desde los cursos de acción de práctica procesal, aún se requieren ajustes de reforma procedimental que permitan a los jueces la debida aplicación de las normas de fondo, ya que aun cuando las acordadas constituyen un importante avance sobre la problemática, los legisladores todavía no han procedido a la concreta actualización de las normas procedimentales en materia de la restricción a la capacidad.

Los participantes de la práctica procesal deberán sostener criterios más ágiles que den cuenta de los ajustes necesarios para la aplicación efectiva de los derechos de las personas limitadas en su capacidad.

VII. Bibliografía

BERIZONCE, Roberto Omar. "Los procesos de restricción a la capacidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista de Derecho Procesal*, 2013, I, Editorial Rubinzal Culzoni, 2013.

DUIZEIDE, Santiago G. "El nuevo paradigma social de la discapacidad", *LL Litoral*, 2015 (diciembre), 1154 - DFyP (marzo).

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002.

FAMÁ, María Victoria - HERRERA Marisa - PAGANO, María Luz. "Salud mental en el Derecho de Familia", *Colección Derecho de Familia y Sucesiones*, ASPIRI, Jorge O. (Dir.), Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

KRAUT, Alfredo J. - PALACIOS, Agustina. "Artículos 31 a 50", en LORENZETTI, Ricardo L. *Código Civil y Comercial de la Nación*, t. I, citado en RIVERA, J. C. - CROVI, L. D. - MEDINA, G. *Derecho Civil. Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

RIVERA, J. C. - CROVI, L. D. - MEDINA - MUÑIZ, Carlos. "La capacidad jurídica de las personas con enfermedad mental durante el proceso en el nuevo Código Civil y Comercial", *SJA* 2015/02/18-3; *JA* 2015-I.

GANDOLDO, Mariana - PASSINI, Martín. "Los modelos de la discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)", en *Salud Mental y Derecho: Derechos Sociales e Intersectorialidad*, Andrés Rossetti y Natalia Monasterolo (Editores), Solana Yoma (Coordinadora), 1ª edición, Espartaco, Córdoba, 2018.

PICCINELLI, Ornela Cecilia. "Ajustes razonables del proceso de declaración de incapacidad (Consideraciones a propósito del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación)", *Portal de intranet del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba*.

QUINN, Gerard - DEGENER, Theresia - BRUCE, Anna - BURKE, Christine - CASTELLINO, Joshua - KENNA, Padraic - KILKELLY, Ursula - QUINLIVAN, Shivaun. "Derechos humanos y discapacidad: Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad", URI/Handle del recurso: <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/614>; 2014-10-16.

RIVERA, Julio Cesar. - CROVI, Luis D. *Derecho Civil. Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

SILVA, Cristina - PAGANO, Luz María. "El conocimiento de los Derechos Humanos, herramienta ineludible para garantizar el respeto de las personas con discapacidad", *Portal de intranet del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba*.

STOLKINER, Alicia. "La interdisciplinar (es así la palabra): entre la epistemología y las prácticas", *Revista del Campo psi*, Año 3, nº10 (1999), Rosario, "Interdisciplina y salud mental", Documento de las Jornadas Nacionales de Salud mental obtenido en <http://www.psi.uba.ar>

VALENTE, Luis Alberto. "Derechos Personalísimos y protección de las personas con discapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación", *DFyP* 2014 (noviembre).

REFLEXIONES EN TORNO A LA PRÁCTICA DOCENTE EN LOS TIEMPOS DE PANDEMIA: LA RELACIÓN PEDAGÓGICA MEDIADA POR TECNOLOGÍAS*

REFLECTIONS ON TEACHING PRACTICE IN TIMES
OF PANDEMIC: THE PEDAGOGICAL RELATIONSHIP
MEDIATED BY TECHNOLOGIES

*Lucrecia Aboslaiman***

Resumen: El COVID-19 ha desajustado los modelos de vida a los que estábamos acostumbrados. Esta crisis sanitaria puso en evidencia la necesidad de repensar un proyecto que tenga a la vida y en particular a la educación en el centro: todos somos interdependientes. Nos proponemos abordar la práctica docente en estos tiempos de pandemia. Para pensar en una propuesta didáctica atravesada por la tecnología, debemos partir que hay nuevos escenarios, espacios, el aula no es la misma y que la dimensión temporal también ha cambiado. Una propuesta educativa es mucho más que una propuesta didáctica. Se constituye con aspectos pedagógicos, culturales, políticos, sociológicos, económicos, tecnológicos, etc. Las tecnologías atraviesan y modifican a las sociedades; no pueden *per se* resolver el problema de la distribución social del conocimiento, pero creemos que integrarlas críticamente a la educación universitaria potencia las posibilidades formativas y se constituye como un factor importante para la apropiación de las mismas y la reducción de la brecha digital. Aprender con tecnologías ofrece oportunidades cognitivas diferentes a las que se generan al aprender sin ellas.

Palabras-clave: Práctica docente - Relación dialógica - Uso de tecnologías.

Abstract: COVID-19 has misaligned the models of life we were used to. This health crisis highlighted the need to rethink a project that has life and education in particular at the center: we are all interdependent. We propose to address the

* Trabajo recibido el 6 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 13 de octubre del mismo año.

** Abogada. Diplomada en Ciencias Sociales y Educación. Universidad Nacional de Entre Ríos. Diploma Superior en Programa de Actualización en Docencia Universitaria. CLACSO-FCS-UBA. Profesora Asistente por Concurso de Introducción al Derecho en la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Profesora de la Materia Opcional La condición humana y el Derecho de la Facultad de Derecho de la UNC. Docente Investigadora Categorizada III Secyt-Nación. Evaluadora de Proy. de Extensión. Correo electrónico lucrecia.aboslaiman@unc.edu.ar

teaching practice in these times of pandemic. To think about a didactic proposal crossed by technology, we must start from the fact that there are new settings, spaces, the classroom is not the same and that the temporal dimension has also changed. An educational proposal is much more than a didactic proposal. It is constituted with pedagogical, cultural, political, sociological, economic, technological aspects, etc. Technologies go through and modify societies; but they cannot *per se* solve the problem of the social distribution of knowledge, but we believe that integrating them critically into university education enhances the training possibilities and constitutes an important factor for their appropriation and the reduction of the digital divide. Learning with technologies offers different cognitive opportunities than those generated by learning without them.

Keywords: Teaching practice - Dialogical relationship - Use of technologies.

Sumario: I. Introducción. II. Relación pedagógica mediada por las tecnologías. III. Los docentes en la virtualización. IV. La producción de conocimiento. V. Consecuencias. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

1. Introducción

Recuperar la dimensión política, educativa, social, cultural, económica de la vida cotidiana multidimensional parece un camino a transitar.

El COVID-19 ha desajustado los modelos de vida a los que estábamos acostumbrados. Esta crisis sanitaria puso en evidencia la necesidad de repensar un proyecto que tenga a la vida y en particular a la educación en el centro: todos somos interdependientes. La rápida propagación del COVID-19 y las medidas institucionales para producir aislamiento social que se están aplicando en la mayoría de los países ponen en evidencia uno de los eslabones más débiles de nuestra sociedad: los cuidados. Ellos son relacionales e interdependientes, todos hemos precisado o precisaremos de cuidados en algún momento de nuestra vida y todos hemos cuidado o cuidaremos a alguien en las etapas de nuestro ciclo vital. Todas las personas requerimos alimento, ropa, abrigo, asistencia, apoyo, y educación. Una de las lecciones que nos deja esta emergencia sanitaria se refiere a la invisibilidad de estos cuidados y la desigualdad en materia de educación, con las implicancias sociales y culturales que ello tiene.

Ante esto, nos preguntamos cómo impactan los cambios propuestos por las medidas que están tomando los países sobre la vida cotidiana las personas.

Esta situación es una oportunidad para hacernos la pregunta: ¿qué pasa con la educación en el marco de esta emergencia sanitaria? Para un problema estructural de esta magnitud la solución no es simple. Un abordaje histórico al tema ha sido ignorar la centralidad del tema.

Como fundamentación teórica y epistemológica, los ejes centrales nos lo aportan la concepción de que el *acto pedagógico* es un acto dialógico, en donde se democratiza el poder (Freire, 1996).

Las prácticas educativas nunca son neutras porque se direccionan hacia la emancipación. Freire entiende al *conocimiento* como lo que se construye tanto por docentes y alumnos. Son sujetos activos en esa construcción. El *aula* es un encuentro donde se busca el conocimiento y no donde se transmite. “El dialogo es fundamental. Freire entiende al dialogo como la estructura fundamental del conocimiento (...) que el educador siente la necesidad de ampliar el diálogo a otros sujetos cognoscentes” (Freire, 1996, p.28).

Desde la perspectiva de la educación mediada por la tecnología se presentan numerosas problemáticas en la práctica pedagógica dialogal de las cuales se pueden sintetizar en tres fundamentales.

La primera es la de cómo hacer que la comunicación sea fluida. El conocimiento pedagógico se vincula directamente con la comunicación e interacción como estrategia central para la práctica docente. Para ello, muchos docentes se deciden por no sólo realizar videos, más las clases a través de *meet* u otro sistema, sino también dejarles en el foro, canciones inspiradoras, poesías sonoras de manera que ellos construyan el conocimiento. También suelen utilizarse muros colaborativos donde los alumnos expresen sus dudas, inquietudes, ansiedades.

Otra problemática se refiere a la selección de contenidos. Aquí la toma de decisiones respecto de ellos es fundamental, así como la no neutralidad junto con el tema de cómo enseñar. Ello como consecuencia de que los desafíos pedagógicos atraviesan todas las propuestas, incluso las virtuales.

Para resolver las dificultades citadas, se requiere aprender e incorporar en nuestra labor, la idea principal de que toda práctica sí o sí está atravesada por una teoría y que la postura ideológica es connatural con todo lo que se realiza.

Estos desafíos se atraviesan comprendiendo que el proceso de enseñar y aprender es dinámico e inacabado.

Dentro de todas las problemáticas, la tercera que se presenta como muy importante es la de la evaluación. Se requiere explicitarles a los alumnos cuáles van a ser los criterios con los cuales se los evaluará, esto debe hacerse tanto en la presencialidad como en la virtualidad.

En particular, y sobre todo en estos momentos de pandemia, donde se impone la práctica docente mediada por las tecnologías, más que nunca es necesario, según nuestro criterio, adoptar criterios cualitativos para ver la evaluación como un proceso integral.

Por último, es necesario remarcar que, en el contexto actual, donde la realidad socio-cultural, económica y política se ve atravesada por la pandemia, el acceso a las tecnologías se considera de índole básica y necesaria, constituyendo un soporte imprescindible y transversal para el desarrollo individual y colectivo, máxime cuando de educación se trata.

Existen numerosas variables que condicionan y afectan el grado de accesibilidad a las tecnologías, fundamentalmente el nivel educativo y socioeconómico. Sabemos que aún queda un trabajo muy grande para disminuir la brecha tecnológica existente.

Ante esta realidad, la universidad no puede quedar ajena o aislada de la sociedad en la que realiza las funciones de extensión como una función social.

II. Relación pedagógica mediada por las tecnologías

En este contexto, las plataformas virtuales, el aula virtual, el uso de las herramientas informáticas se presentan como un insumo óptimo para acercar a los estudiantes y docentes al lenguaje y la lógica de programación junto a conceptos básicos de informática. A través de ello es posible sentar las bases de la programación como un lenguaje mediante el cual nos comunicamos y desarrollamos herramientas que permiten nuestra interacción, así como también transformar y entender el mundo que nos rodea, estimulando la búsqueda de información, el uso seguro de internet, el trabajo en equipo, la responsabilidad y el aprendizaje por medio de la investigación (Maldonado, 1998). Por ello, se considera fundamental instituir espacios novedosos y abiertos de encuentro y diálogo entre docentes y profesionales interesados en las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante, TICs), la Robótica Educativa y las tecnologías emergentes. Bajo este objetivo, es imprescindible remarcar que este tema es prioritario en el momento actual en que vivimos, y también pone en juego las zonas de clivaje del tema de la igualdad en las distintas realidades sociales y culturales de cada región.

La incorporación de las tecnologías en la educación es un llamado que hace la sociedad y surge de la necesidad cada vez mayor del uso de la información. Se establecen así algunas características resaltantes de las TIC que permiten seleccionarlas como medio de instrucción y hasta en ocasiones como un ambiente ideal para el desarrollo del acto educativo, dependiendo del tipo de tecnología que se utilice. Las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación han llegado para quedarse en nuestras prácticas de enseñanza, y no solo en el marco del aislamiento obligatorio y el distanciamiento social (Castro y otros, 2021).

Las nuevas herramientas digitales de comunicación nos llevan a tener que atender, por un lado, a lo referido al contenido del mensaje y, al mismo tiempo, a los modos en que este es presentado. Pero ninguna tecnología, por más sofisticada que sea, va a realizar el seguimiento y orientación de los procesos de aprendizaje. Es la definición de cómo usarla lo que la hace potente para la enseñanza. En los criterios de esa definición los/as docentes somos irremplazables (Dussel, 2018).

Ahora bien, es importante que partamos de la base de que los saberes que tenemos como educadores siguen siendo relevantes también en las propuestas que hemos desarrollado en las aulas universitarias a través de un proceso de virtualización forzosa a raíz de la situación que nos impuso la pandemia. Conocemos los contenidos

de nuestras materias, conocemos nuestros objetivos, sabemos que es importante tener un seguimiento de los procesos de aprendizaje de nuestros estudiantes, entre otras cosas. También sabemos que, en este contexto particular y complejo que nos toca atravesar, será importante hacer una “re-selección” de contenidos y revisar su organización en el tiempo y en el espacio virtual.

Lo sustantivo -en cualquier modalidad educativa- siempre son los sujetos y los saberes; entonces, no nos vamos a preguntar “qué puedo enseñar con tal recurso”, sino más bien qué recurso me sirve para enseñar lo que quiero enseñar, y cómo puedo usarlo aprovecharlo para ello

Los docentes somos trabajadores, haciendo lo mejor posible en un contexto de emergencia en el que la virtualización aparece como una solución en sí misma a la imposibilidad de estar en las aulas. Ante ello se propuso hacer una incorporación crítica de las tecnologías. Nuestras condiciones de trabajo cambiaron por una situación inédita, pero eso no quiere decir flexibilizar sino reencauzarlas. A partir de este disparador inicial emergieron otras cuestiones como la brecha de género, la difuminación de la distinción entre público y privado que provocan las pantallas, la sobrecarga laboral y la cuestión de si nuestra tarea en este momento es de contención o de desarrollo de contenidos. En este contexto, nuevas formas de pensar el proceso de enseñanza implican la combinación de la reflexión tecnológica y la pedagógica para desarrollar una acción didáctica en escenarios virtuales a partir del planteo de otras relaciones entre los sujetos, los espacios y los tiempos, en pos de la realización de una acción formativa pensada, desarrollada y diseñada para destinatarios específicos. Es esencial tener presente que en la educación presencial profesores y estudiantes comparten un espacio y un tiempo en el que desarrollan determinados contenidos con una propuesta didáctica particular.

Cuando la propuesta se traslada a un nuevo ámbito, como los que hacen posibles los soportes digitales (dando forma a entornos llamados virtuales que integran estrategias asincrónicas), entonces se fragmentan los espacios y los tiempos, se crean discontinuidades y se hace evidente lo heterogéneo de los ritmos educativos. Por otra parte, las propuestas en las aulas virtuales favorecen la diversidad de focos dinámicos: hay momentos en los que la interacción es prioritaria entre el profesor y los estudiantes; en otros, entre los estudiantes o entre materiales especialmente diseñados y los participantes de la propuesta pedagógica. Además, estas interacciones pueden ser simultáneas y distribuidas en estos nuevos espacios propiciando así gran heterogeneidad, comunicación en red y diversidad en el aula.

III. Los docentes en la virtualización

Reiteramos que la virtualización es una solución de contingencia de la que se deberían extraer lecciones importantes. Sugiero que las empecemos a considerar en dos grupos o campos problemáticos.

En ese sentido, se debe prestar mucha atención a las limitaciones que necesariamente van a emerger para reforzar la complementariedad y encarar una formación integral de los docentes para el uso de campus virtuales. También reforzar los aspectos técnicos, la estructura de cátedra destinando dedicaciones a los contenidos virtuales y el contacto con los y las estudiantes. Es fundamental un trabajo institucional conjunto de recolección de las experiencias de las cátedras para poder tener un mejor diagnóstico del impacto de este proceso.

Un segundo grupo refiere a las asimetrías que se han hecho patentes en estos meses. Aquí es importante tener en consideración que opera cierto imaginario de clase, que caracteriza a los docentes de educación superior como miembros de clases sociales medias altas o altas, con suficiente acceso a tecnologías, conexión digital y con conocimiento de las herramientas digitales. No es el caso, ni en las condiciones de vida ni de trabajo. La heterogeneidad de respuestas es resultante de la heterogeneidad del sistema de cátedras, la superposición de niveles institucionales y otros factores que impactan en las condiciones de trabajo de los y las docentes. Negar la virtualización puede conducir a seguir invisibilizando temas centrales como la carrera docente, las dedicaciones fragmentadas o los mismos mecanismos de decisión del cogobierno. Se requiere una mirada que vuelva a profesionalizar el rol docente, separándolo de la figura de docente investigador que, en la práctica ha relegado la práctica docente a un rol secundario. Reafirmar el rol docente, y luego, la complementariedad de las herramientas virtuales. Se necesitan todos los elementos para una práctica de enseñanza significativa, entendida como una actividad intencional, caracterizada por su complejidad, multiplicidad, inmediatez, simultaneidad e impredecibilidad y que sólo cobra sentido en función del contexto en que se desenvuelve. Su estudio puede abordarse desde dos enfoques que provienen de los distintos paradigmas de investigación, tema que excede nuestro trabajo.

Repentinamente docentes y estudiantes nos encontramos mediatizando la totalidad de los procesos de enseñanza y enfrentando las problemáticas consecuencias que esta situación significa. Algunas complicaciones que acarrea este repentino pasaje a la virtualidad absoluta por el contexto impuesto por la pandemia pasaje a la educación a distancia son: carencias respecto al manejo de las TICs, falta o mala calidad de la conectividad, desorganización respecto de la división del trabajo dentro de las cátedras, entre otros aspectos.

IV. La producción de conocimiento

Comprender las prácticas de enseñanza mediadas con tecnologías digitales como producción de conocimiento es una de las posiciones teórico-metodológicas que debemos asumir para pensar el trabajo de enseñar. El escenario de transformaciones se presenta como espacio de disputa y se torna fundamental situar y comprender las nuevas formas de producción, acceso y distribución del conocimiento y las interpelaciones que estos modos de saber proponen a las instituciones universitarias

y en la formación de sujetos. Tal como plantea Ambrosino (2017, p. 13): “(...) esta cuestión instala situaciones, problemas, necesidades y desafíos emergentes que requieren de interpretaciones enriquecidas. Esta perspectiva también requiere de un diálogo marcado por lo antiguo y lo actual, lo histórico y lo emergente, la tradición y la innovación”. Además, nos invita a visitar las relaciones dinámicas entre cultura, educación y tecnología.

Ya no solo leemos de otro modo, sino también consumimos y producimos, escribimos y conversamos, en y a partir de las pantallas (Albarello, 2019), en tanto atravesamos cambios profundos a la hora de consumir contenidos, asumiendo un tiempo de hiperfragmentación de audiencias, proliferación de narrativas transmedia, acceso *on demand* a los contenidos, y multiplicación de las prácticas de multitarea y prosumo (producción + consumo).

V. Consecuencias

La relación pedagógica mediada por tecnologías como consecuencia de los tiempos de pandemia no es sólo una solución de contingencia, es una instancia que ha ganado espacio en la educación superior y que esta crisis sanitaria, evidenció la necesidad de su adopción y regulación. Más allá de los argumentos y discusiones sobre sus alcances, resulta importante considerar prioritario el debate y la regulación de las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y su incorporación entre los recursos pedagógicos. La ampliación del acceso a la educación superior, incorpora las necesidades de estudiantes que no pueden sostener una cursada presencial tradicional y requieren el auxilio de estas herramientas. Por ello, tanto la evaluación como la exigencia de impacto en la presente coyuntura deberían tener el siguiente punto de partida: se le está pidiendo a una instancia complementaria, que se vuelva en único soporte en virtud de una situación de emergencia como la actual.

De manera general, puede afirmarse que la situación pedagógica a través del uso de las TIC's así como el intento de virtualizar la cursada evidenció las desigualdades socioeconómicas existentes entre los hogares de los y las estudiantes que concurren a la universidad, así como ocurre en otros niveles. Pero en el caso de esta población específica, su heterogeneidad ha ido creciendo con la movilidad ascendente de primera generación de universitarios, que provienen de hogares que evidencian déficits, que se agrupan en el concepto de brecha digital, (Lavallo, 2020) Ambas brechas alcanzan tanto a docentes como alumnos.

VI. Conclusiones

En la realidad que se nos presenta hoy, inesperada, con más preguntas que respuestas, que desestabilizó estructuras consolidadas y cimentadas, resulta imprescindible, haciendo un recorrido sobre las TIC's, discutiendo sus ventajas y posibles situaciones a resolver al momento de ser incorporadas a la educación,

máxime cuando se trata de una realidad atravesada por desigualdades que hoy se acentúan con la pandemia. Se deben brindar herramientas para llevar adelante una eficiente y consciente gestión de los recursos informando sobre herramientas más potentes y opciones de bajo costo.

Se espera generar un ambiente de diálogo y discusión que brinde luz sobre las ventajas reconocidas de incorporar las TIC's como políticas de gestión en una realidad educativa totalmente distinta al mundo que fue antes de la aparición del Covid-19. Estamos convocados por la situación de hoy a conformar una comunidad comprometida con el acceso al conocimiento, la ciencia y la tecnología. Con el horizonte de ofrecer herramientas claves para construir un mundo mejor, trabajando en la formación de niños, jóvenes y adultos en el uso de herramientas de última generación que les permitan enfrentar un futuro incierto. La capacitación es un objetivo central en esto tanto de docentes como alumnos en aras de fortalecer el vínculo entre el conocimiento científico y tecnológico desarrollado en la Universidad Nacional de Córdoba y la comunidad en general, con problemáticas sociales, culturales, ambientales y sanitarias de la actualidad.

En síntesis, debemos pensar cómo se distribuye esta crisis de otra manera, para que no recaiga la misma en grupos vulnerables que se encuentran en desigualdad de condiciones para el acceso a la educación. No son ellos quienes deben sostener los momentos críticos en el funcionamiento de una sociedad. Esto implica, entre otros elementos, construir una mirada alternativa sobre nuestro modelo de convivencia, de educación, de cultura, fundada sobre la irrenunciable igualdad real y no solo formal de distintos sectores sociales. Recuperar la dimensión política, educativa, social, cultural, económica de la vida cotidiana multidimensional parece un camino a transitar.

En ese recorrido, las universidades, en su forma tradicional, ya han logrado reducir las desigualdades de manera muy significativa ni que hubiera sido preferible la ausencia de toda continuidad pedagógica, con el pretexto de no avalar las desigualdades: en efecto, es necesario mantener el contacto con el mayor número posible de alumnos y ofrecerles actividades para consolidar sus logros y estimularlos intelectualmente.

En lo que refiere a la relación pedagógica mediada por las tecnologías, tema de nuestro trabajo, consideramos que la construcción de sentidos y significados, la producción y re significación de subjetividades, el modo en cómo arbitramos nuestros sentires, quedan sujetado a un espacio atemporal, a la dinámica que imponen las redes, a la soledad que implica no estar siendo mirados/as, pero el acto pedagógico no es una simple yuxtaposición de intervenciones individuales, por muy precisas que sean, sino una construcción, tanto material como simbólica.

Estar dando clases, cumpliendo los cronogramas en medio de esta situación inédita, sin precedentes, pareciera romper la lógica misma de lo que estamos vivenciando cotidianamente, un hacer de cuenta como, que pareciera natural. Y

me permito pensar que no lo es. No resulta natural llevar adelante los programas estipulados sin siquiera detenernos a reflexionar sobre las condiciones en las que estamos produciendo estos saberes, que en algunos momentos resulta alienante, tanto para docentes como para estudiantes. Creo que necesitamos dotar de sentido al proceso de enseñanza aprendizaje hoy, dando cuenta de lo que estamos experimentando individual y socialmente para justamente poner en valor la construcción de conocimiento como herramienta para comprender nuestras realidades y poder intervenir en ellas. Esto es agudizar la mirada. Al mismo tiempo, lo que queda claro es que las desigualdades materiales, sociales y subjetivas se profundizan en esta instancia de aislamiento/confinamiento y que la educación superior se encuentra frente a un gran desafío no sólo en términos de producción y distribución de conocimiento democrático, crítico, inclusivo, sino en su contribución al análisis de los significantes que estamos produciendo. Nos debemos un debate sobre el alcance del uso de las TIC's en las prácticas docentes, quiénes acceden, quiénes quedan excluidos, cómo garantizar el proceso pedagógico en las carreras de grado construyendo conocimiento con el otro, y que no signifique una simple sumatoria de intervenciones individuales. Pensarnos como sujetos sujetados en este devenir nuevo donde se reedita la biopolítica foucaultiana inscribe en el cuerpo (ausente) un doble significado: disciplinamiento social e individual para preservarnos y preservar al otro, a la vez que las desigualdades sociales, económicas y subjetivas construyen y profundizan a otredad.

VI. Bibliografía

- AIELLO, M. (2005). Las prácticas de la enseñanza como objeto de estudio: Una propuesta de abordaje en la formación docente. *Educere*, 9(30). Recuperado a partir de http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1316
- ALBARELLO, F. (2019). *Lectura Transmedia. Leer, escribir, conversar en el ecosistema de pantallas*. Ampersand. Buenos Aires.
- AMBROSINO, M. A. (2017). "Docencia y narrativas transmedia en la educación superior", *Trayectorias Universitarias*, 3(4). Recuperado a partir de <https://revistas.unlp.edu.ar/TrayectoriasUniversitarias/article/view/3867>
- BOURDIEU, P. (2002). *Pensamiento y acción*, Libros del Zorzal, Buenos Aires.
- APPLE, M. (1996). *Educación y Poder*, Ediciones Paidós, Buenos Aires.
- BOURDIEU, P. (2009). *Los herederos-los estudiantes y la cultura*. Editorial Siglo Veintiuno, México.
- CASTELLS, M. (1995). *La ciudad informacional: tecnologías de la información, reestructuración económica y el proceso urbano-regional*, Alianza Editorial, Madrid.
- CASTRO, S. - GUZMÁN, B. - CASADO, D. (2007). Las Tic en los procesos de enseñanza y aprendizaje. *Laurus* [en línea], 13 (23), 2. Recuperado a partir de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=76102311>
- DE SOUSA SANTOS, B. (2007) *La Universidad en el Siglo XXI*, Plural Editores, Bolivia.

- DUHALDE, M.A. (2008). *Pedagogía crítica y formación docente*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales-CLACSO.
- DUSSEL, I. (2018). ¿Nuevas formas de enseñar y aprender? *Revista Perfiles Educativos*, vol. XL, número especial, IISUE-UN.
- EINES, Maines, (2020). *Workshop de Práctica Educativas Abiertas*, San Luis, Argentina.
- FOUCAULT, M. (1986). *La arqueología del saber*, Siglo XXI, Méjico.
- FREIRE, P. (2008). *Pedagogía de la Autonomía*, Editorial Siglo XXI, México
- ____ (1996). *Pedagogía de la pregunta*, Editorial Siglo XXI, México
- GIROUX, H. (2013). *Critical Pedagogy in dark times*. Praxis Educativa. Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de La Pampa.
- LAVALLE, M. L. (2020). "Acceso a la educación y brecha digital en tiempos de pandemia", *Revista Jurídica San Andrés*, Nº10. Universidad de San Andrés. Buenos Aires.
- LITWIN, E. (comp.) (2000). *La Educación a Distancia. Temas para el debate en una nueva agenda educativa*. Amorrortu, Buenos Aires.
- MALDONADO, T. (1998). *Crítica de la razón informática*, Paidós, Barcelona.

**HACIA UNA JUSTICIA SOSTENIBLE:
EL ORDEN PÚBLICO AMBIENTAL BAJO LA
ÓPTICA DEL DERECHO AL ACCESO A LA
JUSTICIA AMBIENTAL EFECTIVA***

TOWARDS A SUSTAINABLE JUSTICE: ENVIRONMENTAL
PUBLIC ORDER FROM THE PERSPECTIVE OF THE RIGHT OF
ACCESS TO EFFECTIVE JUSTICE"

José Ignacio Torno **

Pedro Benvenuto ***

Resumen: Frente al conflicto representado por el nivel de litigiosidad en materia ambiental en la Provincia de Córdoba, tanto en instancias judiciales como a nivel administrativo, lo que acarrea muchas veces una innecesaria prolongación temporal que atenta de forma directa a la concreción de justicia en el caso concreto, a lo largo de la presente nota a fallo se propondrá la flexibilización de ciertos conceptos vigentes en el marco normativo ambiental, exponiendo la posibilidad de aplicación de alternativas distintas al clásico proceso judicial tribunalicio en aras de favorecer el acceso a la justicia ambiental tanto propia como impropia. A tal fin, se analizarán las actuaciones judiciales radicadas por ante la Cámara Contenciosa Administrativa de Primera Nominación de la Ciudad de Córdoba en los autos "Marquez, Héctor y otros c / Municipalidad de Córdoba y otros - Amparo (Ley 4915)", y en particular, su sentencia que puso fin al proceso mediante la homologación de un acuerdo arribado entre los amparistas y demandados, exponiendo así una nueva visión del orden público ambiental y

* Trabajo recibido el 15 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 2 de octubre del mismo año.

** Abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Director General de Asuntos Legales del Ministerio de Servicios Públicos de la Provincia de Córdoba. Miembro Honorario del Instituto de Derecho Ambiental de la Universidad Católica de Córdoba. Director Académico de la Diplomatura "Derecho y Gestión Ambiental" dictada en el año 2015 por la Universidad Católica de Córdoba. Coordinador General de la Unidad Ejecutora Parque Nacional Ansenúza.

* Abogado por la Facultad de derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Ambiental de la Universidad Católica de Córdoba.

nuevas perspectivas respecto a la posibilidad de utilizar métodos alternativos de solución en este tipo de controversias.

Palabras-clave: Orden público ambiental - Acceso a la justicia ambiental - Métodos alternativos de solución de controversias.

Abstract: Faced with the conflict represented by the level of litigation in environmental matters in the Province of Córdoba, both in judicial instances and at the administrative level, which often entails an unnecessary extension of time that directly threatens the realization of justice in the specific case, the flexibility of certain concepts in force in the environmental regulatory framework will be proposed throughout this present note, exposing the possibility of applying alternatives other than the classic judicial process in order to favor access to both proper and improper environmental justice. To this end, the judicial proceedings filed by the First Nomination Administrative Litigation Chamber of the City of Córdoba in files "Marquez, Héctor y otros c / Municipalidad de Córdoba y otros - Amparo (Ley 4915)", and in particular its sentence that ended the process by means of the homologation of an agreement reached between the protectionists and defendants, thus exposing a new vision of environmental public order and new perspectives regarding the possibility of using alternative methods of solution in this type of controversy.

Keywords: Environmental public order - Access to environmental justice - Alternative methods of dispute resolution.

Sumario: I. El fallo. Aspectos principales del decisorio bajo análisis. II. Sobre el orden público ambiental y la posibilidad de aplicación de Métodos alternativos de solución de controversias en materia ambiental. III. Una breve reflexión final.

I. El fallo. Aspectos principales del decisorio bajo análisis: "Márquez, Héctor y otros c/ Municipalidad de Córdoba y otros - Amparo (Ley 4915)",

A los fines de dar comienzo al presente análisis, y atendiendo al nivel de complejidad (tanto desde una perspectiva fáctica como jurídica) que se presenta durante la sustanciación del proceso, se efectuará una descripción del procedimiento judicial en su integridad en aras de exponer las posiciones e intereses de cada uno de los actores judiciales involucrados.

Los accionistas (un grupo de vecinos habitantes del Barrio Villa El Libertador de la Ciudad de Córdoba) promueven formal acción colectiva de amparo ambiental en contra de la Municipalidad de Córdoba y de la Provincia de Córdoba, en ejercicio de los derechos consagrados en los artículos 43 y 41 de la Constitución Nacional, artículos 66 y 59 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, y en función de lo dispuesto por la Ley Provincial N° 10208.

Los amparistas solicitan que se ordene a la Municipalidad de Córdoba declarar la emergencia ambiental en el Barrio Villa el Libertador y zonas aledañas, dar inicio a obras cloacales y a la reparación de las calles dañadas a consecuencia del desbor-

de de las cámaras sépticas, requiriendo asimismo que se ordene a la Provincia de Córdoba el entubamiento del Canal Maestro Sur.

Asimismo, los demandantes peticionan como medidas urgentes previas el envío de camiones atmosféricos para vaciar pozos negros y cámaras sépticas, la colocación de bombas depresoras para bajar el nivel de las napas, y que el Gobierno de la Provincia ordene sanear el cauce y márgenes del referido Canal Maestro Sur.

A los fines expuestos, invocan, en cuanto a hechos lesivos, omisiones de autoridades municipales y provinciales argumentando que la mayoría de las familias no pueden utilizar los baños de sus viviendas, siendo imposible la construcción de pozos debido a que aproximadamente a 50 centímetros de la superficie se encuentran las napas, por lo cual los domicilios se ven en la necesidad de lanzar los efluentes a la vía pública, dirigiéndose de manera gravitatoria al Canal Maestro Sur.

En primer lugar, resulta destacable en cuanto a la sustanciación de la controversia, que el presente procedimiento de amparo tiene como especial instrumento procesal a la utilización de *audiencias del art. 58 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba (CPCC)*.

En tal tesitura, mediante Acta de Audiencia fijada en los términos del art. 58 CPCC de fecha 13/06/2016, se dispone pasar a un cuarto intermedio a fin de que los técnicos idóneos y funcionarios especializados en representación de las partes acercaran al Tribunal la información necesaria para tomar conocimiento más fundado de la cuestión.

De igual modo, mediante Acta de Audiencia de fecha 16/06/2016, el Tribunal dispuso que la Municipalidad de Córdoba indicara cuántos camiones iba a poner a disposición a los efectos de desagotar los pozos negros que sean necesarios en Barrio Villa el Libertador y el tiempo que tal acción iba a demandar realizar el estudio técnico tendiente a determinar la cantidad de electrobombas necesarias para la extracción o reducción del nivel de las napas freáticas; asimismo ordenó a la Provincia de Córdoba que indicara el día en que comenzaría la limpieza del Canal Maestro Sur, tanto en su lecho como en sus márgenes, y el tiempo que ello demandaría; ordenando finalmente a que los actores presentaran una lista de vecinos, fijando la prioridad con la cual la Municipalidad realizaría el desagote.

Con fecha 05/07/2016, se dispuso como medidas cautelares:

- 1) Que respecto a los pozos negros, la Municipalidad debía adoptar las medidas necesarias para mantener la funcionalidad operativa de los pozos negros y cámaras sépticas de los vecinos afectados de Barrio Villa Libertador, debiendo implementar acciones necesarias para el vaciado y limpieza de, como mínimo, ciento cincuenta (150) pozos negros o cámaras sépticas por mes.
- 2) Que en relación a la colocación de bombas depresoras para bajar el nivel de las napas, la Municipalidad debía llevar a cabo los estudios necesarios a

esos fines dentro de los cuarenta y cinco (45) días de notificada, debiendo implementar de forma inmediata lo que dichos informes indiquen.

- 3) Que la Provincia debía realizar las tareas de limpieza y saneamiento del cauce y márgenes de toda la traza del Canal Maestro Sur dentro de los cuarenta y cinco (45) días de notificada, debiendo mantener en esas condiciones el canal.
- 4) Que los vecinos debían llevar a cabo las acciones tendientes a evitar el arrojamiento de residuos o desechos de cualquier naturaleza en el curso y las márgenes del Canal Maestro Sur, en función de los principios de prevención y precaución en materia ambiental.
- 5) Impone finalmente a las partes la obligación de colaboración entre sí a fin de dar cumplimiento a sus obligaciones.

En virtud de la intervención del Ente Regulador de los Servicios Públicos de la Provincia de Córdoba (ERSEP) y del informe presentado por dicho organismo, se dispone como medida complementaria, a los fines de evitar daños en la infraestructura del servicio de agua potable, que las administraciones demandadas adopten todas las medidas técnicas y de seguridad para prevenir dicha consecuencia.

Asimismo, por proveído de fecha 04/08/2016, y en función de la existencia de un estudio realizado en el año 2001 sobre la zona involucrada se citó al autor de dicho informe para que compareciera en calidad de *amicus curiae*.

Finalmente, mediante *Sentencia N° 28 de fecha 17/04/2019*, se procedió a la homologación del Acuerdo arribado entre la Provincia de Córdoba (representada por el ahora denominado Ministerio de Servicios Públicos a través del Secretario de Ambiente y Cambio Climático y el Secretario de Recursos Hídricos) *ad referendum* del Poder Ejecutivo Provincial, la Municipalidad de Córdoba (representada por la Secretaría de Planeamiento e Infraestructura y por el Director de Redes Sanitarias y Gas) *ad referendum* del Departamento Ejecutivo Municipal) y los amparistas de Villa el Libertador, representados por su apoderada actuante en el proceso.

Teniendo en consideración que la Provincia a través de la Unidad Ejecutora de Obras (UEO) realizó diversas obras, la ampliación de la capacidad de tratamiento de líquidos cloacales y construcción de colectores troncales de la ciudad, finalizando su ejecución en noviembre de 2018, y que la Municipalidad declaró – por el término de 180 días- la emergencia ambiental y sanitaria en la zona de Barrio Villa el Libertador, vigente mediante Decreto Municipal N° 2928/18 que contempla un plan de mitigación ambiental y sanitaria, los amparistas manifiestan su conformidad a las obras realizadas por la Provincia de Córdoba y la Municipalidad, y dan por satisfecha en su totalidad la pretensión deducida en autos, *manifestando que nada tienen que reclamar a las administraciones demandadas*.

Los amparistas desisten, entonces, de la pretensión judicial de entubamiento del Canal Maestro Sur, y se comprometen a procurar ante los Vecinos del Barrio Villa

el Libertador, en un plano de asamblea y organización consensuada, la voluntad social de lograr el mantenimiento limpio del Canal, evitando arrojar basura, destruir lo plantado y clavado en sus inmediaciones y manteniendo el mismo en las condiciones de saneamiento.

Finalmente, cabe destacar también como novedad en la materia, que se dispone en el resolutorio que cualquier diferencia en la ejecución del acuerdo indicado, las partes deberán obligatoriamente utilizar los servicios de profesionales expertos en conflictos sociales urbanos en el marco del Centro Público de Mediación del Defensor del Pueblo de la Provincia de Córdoba.

II. Sobre el orden público ambiental y la posibilidad de aplicación de Métodos alternativos de solución de controversias en materia ambiental

Frente al conflicto representado por el nivel de litigiosidad tanto en la Justicia de la Provincia de Córdoba, como a nivel administrativo, que acarrea muchas veces una innecesaria prolongación temporal que atenta de forma directa a la concreción de justicia en el caso concreto, el fallo reseñado implica un notable avance en aras de una saludable y congruente flexibilización de ciertos conceptos vigentes en el marco normativo ambiental, buscando alternativas distintas al clásico proceso judicial tribunalicio en aras de favorecer el acceso a la justicia ambiental tanto propia como impropia.

En tal sentido, y tal como vislumbró Séneca al expresar que “nada se parece tanto a la injusticia como la justicia tardía”, el nivel de conflictividad que se vislumbra en la Provincia de Córdoba, pese a ser un sano indicador de una mayor consciencia ambiental, termina atentando contra el mismo bien jurídico que pretende proteger.

Bajo la premisa de que casi toda actividad humana productiva o económica produce algún tipo de modificación en el medio ambiente, y que por ende todas ellas se transforman en potenciales acciones de amparo ambiental o de cesación o recomposición del daño, resulta útil adoptar medidas tendientes a establecer mecanismos de solución de controversias previos que actúen como filtro a la consideración final del juzgador, siempre manteniendo el básico principio del control judicial.

Es bajo dichos argumentos que instituciones como la mediación y el arbitraje, ya utilizados a nivel internacional para la resolución de disputas ambientales entre estados y también adoptados en el derecho comparado podría resultar una solución a la intensa judicialización que se vislumbra en el ámbito judicial cordobés.

Tomando como punto de partida el antecedente fijado en el fallo bajo análisis, se presenta la ocasión de revisar ciertos parámetros y puntos de partida que, al día de la fecha, parecían pétreos e inamovibles, como lo es el llamado “orden público ambiental”.

Bajo dicho principio, una vez iniciada la acción por ante el tribunal competente bajo la figura del amparo, y desde una perspectiva procedimental, la Cámara Contenciosa debió haber tramitado la pretensión incoada y emitido su pronunciamiento al respecto.

Sin embargo, la sentencia analizada implicó, lisa y llanamente, la homologación judicial del acuerdo entre partes alcanzado entre la Provincia de Córdoba, la Municipalidad de Córdoba y los amparistas de Barrio Villa el Libertador, configurando la sustanciación del proceso mediante sucesivas audiencias en el marco de lo normado en el art. 58 CPCC.

Es en dicho marco de consenso que los accionistas prestan su conformidad a las obras realizadas por la Provincia y la Municipalidad, dando por satisfecha la pretensión deducida en autos, manifestando que nada quedaba por reclamar a las administraciones demandadas.

Pero, ¿dónde queda en este acuerdo la verdad real del litigio y el orden público ambiental, principios rectores que diferenciarían un proceso ambiental de un formalista procedimiento civil?

En efecto, el artículo 41 de la Constitución Nacional es claro al determinar que "(...) Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo (...)", incluyendo por ende la protección del ambiente como máxima en el plexo normativo nacional.

En igual tesitura, la Ley General de Ambiente (Ley Nacional N° 25675) no sólo establece los principios bajo los cuales debe interpretarse dicha normativa y toda otra ley que influya en la ejecución de políticas ambientales, sino que dispone en su artículo 3 que sus disposiciones son de orden público.

A más de lo expuesto, la Constitución Nacional en el citado artículo 41 consagra una auténtica responsabilidad en el Estado de garantizar el derecho allí consagrado, al expresar que "(...) Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales (...)", decisión acompañada por la Ley General de Ambiente en su artículo 5° al disponer la obligación estatal de incluir previsiones ambientales, bajo los criterios impuestos por los presupuestos mínimos ambientales, en todas sus decisiones de sus distintos órdenes de gobierno.

Lo relatado demuestra, desde nuestro punto de vista, una verdadera voluntad política y social, válida y loable, tendiente a estructurar un verdadero orden público ambiental como valladar para todas aquellas actividades susceptibles de generar daño en el ambiente, toda una decisión política que otorga al juez interviniente in-

cluso facultades para disponer el diligenciamiento de medidas de urgencia, incluso sin mediar petición de parte.

Bajo dicha rigidez, ¿fue correcto el proceder de la Cámara Contenciosa al homologar un acuerdo de las partes? ¿Las obras emprendidas por la Provincia y la Municipalidad de Córdoba efectivamente neutralizaron la vulneración al derecho a un ambiente sano cuya remediación los vecinos reclamaban? ¿Pueden los amparistas ceder en su pretensión?

El nivel de conflictividad y litigiosidad que si bien resulta un buen síntoma en lo referente al crecimiento del derecho ambiental como rama jurídica independiente y expositivo de la concreción de una genuina conciencia ambiental nacional, se nutre desmedidamente del hecho de que, en la práctica, casi todas las actividades humanas productivas y económicas modifican en mayor o menor medida el ambiente que nos rodea.

Frente a lo expuesto, se podrían proponer herramientas para solucionar el problema planteado, tales como la utilización del instituto del *arbitraje ambiental* para aquellos reclamos que versen sobre derechos patrimoniales determinados o determinables, de libre disposición para las partes; o bien la instauración de una instancia de *mediación* judicial obligatoria, previo al trámite de amparo ambiental, y bajo los mismos principios de urgencia y celeridad que rigen dicho procedimiento, con directa intermediación del Tribunal interviniente.

En primer lugar, y respecto a la institución del arbitraje, debe tenerse en cuenta que se trata de un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes.

Al respecto, la novel sanción de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional (Ley Nacional N° 27449) implica un importante avance en la expansión del instituto, la cual si bien no incluye claramente a los conflictos ambientales por no resultar materia comercial, sí demuestra un avance del arbitraje como método de resolución alternativo de controversias.

En el derecho comparado, puede mencionarse la Ley General de Ambiente de Perú (Ley N° 28611), la cual incluye en su Capítulo 3 (“Medios para la Resolución y Gestión de Conflictos Ambientales”) al arbitraje entre partes.

En particular, se expone en dicha normativa que ese método de solución de controversias podrá utilizarse para aquellas pretensiones ambientales determinadas o determinables que versen sobre derechos patrimoniales u otros que sean de libre disposición por las partes¹.

(1) Artículo 152. Del arbitraje y conciliación: Pueden someterse a arbitraje y conciliación las controversias o pretensiones ambientales determinadas o determinables que versen sobre derechos

A su vez, en el artículo 154 del plexo normativo peruano se encarga la certificación de la idoneidad de los árbitros ambientales a la autoridad nacional en dicha materia del país, imponiéndoles a todos ellos la obligación de sujetarse a la normativa nacional y compromisos internacionales asumidos por el Estado Peruano.

De este modo, incorporando la experiencia peruana a la realidad argentina, y en particular a la cordobesa, resultaría factible la certificación de árbitros en materia ambiental por parte de personal profesional de la Secretaría de Ambiente de la Provincia de Córdoba, a un modo similar en que los profesionales denominados “consultores ambientales” son evaluados y registrados en el Registro Temático de Consultores Ambientales (RETECA).

La creación de un registro como garante de la capacidad de estos árbitros especializados podrían intervenir en estos litigios ambientales, empero en materia de libre disposición para las partes, quedando sus laudos siempre sujetos a la normativa nacional y provincial, pudiendo sin embargo recurrir a la justicia en caso de incumplimiento por una de las partes.

Teniendo en cuenta que, al tratarse el arbitraje de un método de resolución de controversias absolutamente basado en la autonomía de voluntad de las partes, dicha voluntad podría expresarse a través de un compromiso arbitral asumido por los intervinientes al requerir la intervención del árbitro autorizado, por tanto, *ex-post* a la aparición del conflicto ambiental.

De este modo, las partes que entran en conflicto tienen como ventaja: una disminución de los costos económicos para resolver la controversia, una reducción sustancial en el tiempo de resolución del conflicto, y la posibilidad de que el conflicto ambiental sea resuelto por un tercero imparcial específicamente formado y especializado en materia ambiental.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que este mecanismo de resolución de controversias podría ser directamente aplicado en sustitución de las llamadas acciones de reparación pecuniaria por el daño producido a la comunidad, contemplado en el artículo 71 inciso c) de la Ley Provincial N° 10208.

patrimoniales u otros que sean de libre disposición por las partes. En particular, podrán someterse a estos medios los siguientes casos:

- a. Determinación de montos indemnizatorios por daños ambientales o por comisión de delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales.
- b. Definición de obligaciones compensatorias que puedan surgir de un proceso administrativo, sean monetarios o no.
- c. Controversias en la ejecución e implementación de contratos de acceso y aprovechamiento de recursos naturales.
- d. Precisión para el caso de las limitaciones al derecho de propiedad preexistente a la creación e implementación de un área natural protegida de carácter nacional. a. Conflictos entre usuarios con derechos superpuestos e incompatibles sobre espacios o recursos sujetos a ordenamiento o zonificación ambiental.

Otra opción relativa al arbitraje podía resultar la utilización de tribunales administrativos especializados en materia ambiental constituidos en el ámbito del Poder Ejecutivo de forma autárquica e independiente de la autoridad ambiental, para aquella pretensión que propenda a dejar sin efecto actos emanados de la autoridad administrativa competente (licencias ambientales).

A los fines de comprender este punto, debe tenerse en cuenta que gran parte de los amparos ambientales iniciados en la órbita provincial, tienen como eje central un embate jurídico a actos administrativos dictados por la autoridad competente.

En tal sentido, en *in re* “Asociación de Amigos Río San Antonio c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba y otros - Amparo”², la amparista tuvo como pretensión la paralización de obras alegando la existencia de desmonte indiscriminado ante la supuesta omisión del Estado de preservarlo, la condena de los responsables a recomponer la zona afectada, y la revocación de las autorizaciones o permisos de obra otorgados para el desarrollo del emprendimiento inmobiliario.

En igual tesitura, en los autos caratulados “Complejo Ambiental de Tratamiento, Valoración y Disposición Final de Residuos Sólidos Urbanos de Córdoba y otros - Cuestión Ambiental”³, se objetó la instalación del Complejo pese que el mismo tuvo una autorización ambiental con condicionamientos, y una vez cumplidos, se le otorgó la correspondiente licencia ambiental.

Lo expuesto denota dos conclusiones principales:

En primer lugar, una saludable concreción de conciencia ambiental y participación ciudadana tanto en el cuidado del medio ambiente como en el control de los actos de gobierno, todo bajo el manto del acceso a la justicia.

En segundo lugar, empero, una clara situación de anomia y desconfianza de los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental, dependencia estatal que reúne efectivamente profesionales especializados en la materia, cuyos actos y decisiones deberían gozar de una presunción de legitimidad.

En aras de solucionar dicha situación, puede tomarse como punto de partida la experiencia anglosajona de los Estados Unidos, en particular a través del llamado movimiento *Administrative Dispute Resolution* (ADR) mediante su Acta original de 1990 y su actualización del año 1996.

(2) Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, “Asociación de Amigos Río San Antonio c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba y otros - Amparo”, Sala Electoral, Auto N° 112, *Revista de Derecho Público, Actualidad Jurídica*, Vol. 26, p. 2140.

(3) Cámara Contencioso Administrativa de 1° Nominación de la ciudad de Córdoba. “Complejo Ambiental de Tratamiento, Valoración y Disposición Final de Residuos Sólidos Urbanos de Córdoba y otros – Cuestión Ambiental”, Sentencia N° 214. <https://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/inicio/indexDetalle.aspx?codNovedad=21998>, fecha de consulta 27/09/2021.

Se trata de un imaginativo sistema de resolución alternativo de conflictos, que prevé un arbitraje administrativo ambiental usualmente utilizado por su Agencia de Protección Ambiental (EPA) en materia de conservación y recuperación de recursos, de protección atmosférica, o de contaminación de aguas, todo ello a través de la suscripción de un compromiso arbitral.

En tal sentido, la técnica “(...) prevé expresamente medidas alternativas a las jurisdiccionales para la resolución de conflictos, entre ellas, el arbitraje administrativo ambiental (...)”⁴.

La operativa es simple: tanto la parte privada que ve menoscabado su derecho a un ambiente sano como la entidad público interviniente cuyos actos avalaron u ocasionaron el daño ambiental alegado, asumen el compromiso arbitral por ante un cuerpo de árbitros independientes especializados en la materia.

Debe destacarse que si bien en la normativa estadounidense se contempla tanto la posibilidad de dictado de laudos vinculantes (y que hacen cosa juzgada) como no vinculantes, en aras de una mejor aplicación en la realidad argentina debería optarse por esta última variedad, a los fines de preservar el derecho al acceso a la justicia.

Estrictamente, esta forma de disolver conflictos entre el Estado y el particular, puede tener aplicación en un amplio abanico de controversias, tanto aquellas suscitadas a consecuencia de un acto administrativo como también servir de una vía recursiva adicional en caso de aplicación de multas a los particulares, todo ello a los fines de evitar la congestión en la justicia contencioso-administrativa y los altos costos que dicha circunstancia acarrea tanto para el particular como para el mismo Poder Ejecutivo.

Resulta claro que bajo esta propuesta la institución arbitral debe mantener un nivel de independencia estatal equiparable a un órgano extra-poder, a los fines de alcanzar los estándares de objetividad e imparcialidad requeridos.

La aplicación de este método resultaría una útil herramienta a los fines de evitar la litigiosidad judicial, proporcionando soluciones justas, especializadas, expeditas y a menor costo, pero que tiene además como requisito para su operatividad el estricto compromiso tanto estatal como del particular de acatar lo decidido en el laudo (salvo por aquellas causales de nulidad del laudo arbitral que habiliten la sede judicial).

En otro orden de ideas, la instauración de una instancia de mediación judicial obligatoria, previo al trámite de amparo ambiental, y bajo los mismos principios de urgencia y celeridad que rigen dicho procedimiento, con directa intermediación del tribunal interviniente.

(4) VIDAL RAMOS, Roger. “El Arbitraje Ambiental y sus implicancias”, *Revista Advocatus*, N° 28, Universidad de Lima, Lima, p.147.

A modo de introducción, resulta útil destacar dos elementos principales: el antecedente fijado en la Provincia de Córdoba en el fallo bajo análisis, como así también el reciente dictado de la Ley Provincial N° 10543.

Tal como se destacó con anterioridad, durante la sustanciación del amparo bajo análisis tuvo lugar una peculiaridad, y es que todo el procedimiento de amparo se suscitó en el marco de Audiencias conforme dispone el artículo 58 del Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.

En rigor, en el proceso mencionado el derrotero de la solución jurídica arribada se vio signado por instancias de conciliación entre las partes intervinientes, con una marcada intervención judicial e intermediación entre ellos.

Esta situación encontraría vallada, al menos en su espíritu, con lo dispuesto por la referida Ley Provincial N° 10543, la cual si bien instituye en el territorio provincial a la mediación como método no adversarial y prejudicial de resolución de conflictos, establece al mismo tiempo en su artículo 6° (“Exclusiones”) que “(...) Quedan excluidas del ámbito de la mediación previa y obligatoria las siguientes causas: (...) 17) Acciones colectivas o de clase, y 18) En general, todas aquellas cuestiones en que se encuentra involucrado el orden público o que resultan indisponibles para los particulares (...)”.

Y es que, tal como se expuso con anterioridad, el orden público ambiental debería ser, en principio, óbice para la aplicación de instituciones como la mediación o el arbitraje, por lo que es en esta instancia necesaria la flexibilización en ciertos conceptos cuya rigidez terminan ocasionando un daño mayor que el que busca evitar.

La solución del conflicto ambiental en Barrio Villa el Libertador fue arribada por las partes intervinientes por un marcado rasgo de cooperación, discusión, celeridad, utilizando incluso herramientas jurídicas como la del *amicus curiae* para suplir las deficiencias en aspectos estrictamente técnicos ambientales.

Cabe preguntarse entonces, ¿se vio comprometido el orden público ambiental?, ¿el acuerdo homologado fue estrictamente justo?

Lo cierto es que este método de resolución de controversias sirve como instrumento para descargar el sistema judicial pues “(...) ayudaría a mejorar la oferta y a reducir la demanda, atento a que verse descargados de asuntos, los jueces podrían dedicar más tiempo y recursos a las causas planteadas, buscándose entonces conseguir una justicia sostenible, lo menos contaminada posible (...)”⁵.

Atendiendo a que la gran mayoría de las actividades humanas son susceptibles de modificar en mayor o menor medida el estado del medio ambiente, la utilización de instituciones como la mediación de forma previa al proceso de amparo ambiental

(5) ROSA MORENO, J. *El arbitraje administrativo*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 18.

propenderían a lograr mayor agilidad en el sistema, brindando un mejor acceso a la justicia ambiental y a la resolución de los conflictos ambientales.

III. Una breve reflexión final

A modo conclusivo, resulta útil exponer las palabras de Martín Mateo al referir que “(...) podríamos decir que el objetivo de erradicación total de la injusticia es tan inalcanzable como el de contaminación cero, quedémonos en un punto razonable que podríamos calificar como el de justicia sostenible (...)”⁶.

Como ha sido expuesto brevemente en estas páginas, la conflictividad judicial ambiental tiene ciertos rasgos positivos, vinculados al nivel de concientización y acción social ambiental y de acceso a la justicia, pero debe encontrarse un equilibrio que permita el efectivo funcionamiento del sistema en su conjunto, so pena de sacrificar el mismo bien jurídico que se busca proteger.

La justicia tardía no es justicia, por lo que es preciso reducir el flujo de asuntos contenciosos y hacer que lleguen a la sede judicial los que indeclinablemente deben ser resueltos por los jueces.

A tales fines, y partiendo de los conceptos de la justicia tanto en su sentido propio como impropio, los métodos alternativos de resolución de controversias resultan una preciada herramienta que, si bien no ha tenido masiva utilización en el derecho comparado y en la experiencia nacional, sí existen antecedentes que avalarían su aplicación en nuestro país.

SENTENCIA⁷

Tribunal: Cám. Cont. Adm. de 1ª Nom. (Córdoba)

Fecha: 17/04/2019

Partes: “Márquez, Héctor y otros c/ Municipalidad de Córdoba y otros - Amparo (Ley 4915)”

En la Ciudad de Córdoba, a diecisiete días del mes de abril de dos mil diecinueve, siendo las 10:30 horas, se reúnen en audiencia pública los señores Vocales integrantes de esta Excm. Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación, Dres. Ángel Antonio Gutiez y Gabriela Cáceres, en ausencia del Dr. Leonardo Massimino quien tuvo participación en la deliberación respectiva y actualmente se encuentra en uso de licencia, bajo la presidencia del primero de los nombrados, a los fines de dictar sentencia en los autos caratulados: “MÁRQUEZ, HÉCTOR Y OTROS C/ MUNI-

(6) Prólogo de MATEO, Ramón, en ROSA MORENO, J. *El arbitraje administrativo*, Madrid, 1998.

(7) Se mantienen la puntuación y los destacados tal como se hallan en el original del pronunciamiento.

CIPALIDAD DE CÓRDOBA Y OTROS - AMPARO (LEY 4.915)” (Expte. N° 2812964, iniciado el 03 de junio de 2.016, procediendo a fijar las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente la acción de interpuesta?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Conforme lo dispuesto previamente por el Sr. Presidente y de acuerdo con el sorteo que en este acto se realiza, los señores Vocales votan en el siguiente orden: Dres. Ángel Antonio Gutiez, Leonardo Massimino y Gabriela Cáceres.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL ÁNGEL ANTONIO GUTIEZ, DIJO:

I.- Demanda.

A fs. 15/28 vta. comparecen los Sres. Héctor Márquez, Emanuel Acosta, Luis Rocha, Erika Acuña, Andrea Tula, Magdalena Rodríguez, Ramón Castillo, Francisco Valero, Daniel González, Carolina Pagiari, Héctor Allende, Gregorio Farías y Blanca Arizi y promueven formal acción colectiva de Amparo Ambiental en contra de la Municipalidad de Córdoba y de la Provincia de Córdoba, en ejercicio de los derechos y garantías establecidos en los artículos 43 y 41 de la Constitución Nacional y 66 y 59 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, que citan. Agregan, a su vez, que debe tenerse en cuenta lo dispuesto por los artículos 11, 38 inc. 8°, 68 y 104 inc. 21° del mismo cuerpo legal y lo dispuesto por la Ley Provincial N° 10.208 de Política Ambiental Provincial.

Solicitan que este Tribunal ordene a la Municipalidad de Córdoba a declarar la Emergencia ambiental en el Barrio Villa El Libertador y zonas aledañas, disponiendo los recursos necesarios a los fines de dar inicio a obras cloacales en el sector y a la reparación de las calles dañadas como consecuencia de desbordes de las cámaras sépticas. Que, por su parte, ordene a la Provincia de Córdoba que entube el Canal Maestro Sur. Piden costas.

Peticionan medidas urgentes previas al pronunciamiento definitivo de este Tribunal y las enumeran: el envío de camiones atmosféricos para vaciar pozos negros y cámaras sépticas, la colocación de bombas depresoras para bajar el nivel de las napas y que el Gobierno de la Provincia ordene sanear el cauce y márgenes del Canal Maestro Sur, en forma inmediata. Ello así, dada la situación de gravedad sanitaria ambiental.

Invocan, en cuanto hechos lesivos, omisiones de las autoridades públicas, tanto municipal, como provincial.

Explican, en primer lugar, que la ausencia de cloacas en Barrio Villa “El Libertador” y las abundantes lluvias han producido el desborde de las cámaras sépticas y el llenado y hundimiento de los pozos absorbentes, debilitando las construcciones asentadas en dicho sector de la ciudad. Que, consecuentemente, la mayoría de las familias no puede utilizar los baños de sus viviendas, lo que las torna disfuncionales, siendo imposible la construcción de pozo alguno, debido a que aproximadamente a 50 cm. de la superficie se encuentran las napas. Denuncian que, pese ser conocida la problemática por la Municipalidad de Córdoba, ésta ha omitido realizar actos tendientes a mejorar las condiciones riesgosas en que viven los vecinos.

Manifiestan, en segundo lugar, que a raíz de la situación supra descripta, los domicilios se ven en la necesidad de lanzar los efluentes a la vía pública, dirigiéndose de manera gravitatoria al cauce del Canal Maestro Sur. Que el Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos de la Provincia incumple su obligación de mantener el cauce del citado canal, convirtiéndose en un basural a cielo abierto, con aguas servidas y malezas.

Refieren que los vecinos, de manera auto convocada, han realizado diversos reclamos y presentaciones, combinando las problemáticas que los aquejan. Detallan tales, citando que en noviembre de 2.014, remitieron nota al Director de Ambiente de la Municipalidad de Córdoba (que transcriben),

anoticiándolo de la problemática. Que en fecha 25/11/15 presentaron a la Legislatura de la Provincia de Córdoba (Comisiones de Obras Pública, Vivienda y Comunicación; de Asuntos Ecológicos; y de Salud Humana) notas en idéntico sentido, requiriendo urgente respuesta al reclamo. Datan de fecha 05/12/14 nota a la Comisión de Salud Pública y Medio Ambiente del Consejo Deliberante de Córdoba, al respecto.

Añaden que a lo largo del año 2.015 peregrinaron, infructuosamente, por distintas oficinas municipales y provinciales en busca de respuesta.

Expresan, luego, que entregaron sendas notas -que transcriben- a la secretaria privada del Intendente de la Ciudad de Córdoba, el 22/04/16; al Gobernador de la Provincia, el 26/04/16; al Presidente del Bloque de la Unión por Córdoba y a concejales de la Comisión de Salud Pública y Medio Ambiente del Consejo Deliberante de la Ciudad, el 22/04/16; y al Director del C.P.C. de Villa Libertador, el 15/04/16; -adjuntando las firmas de 357 vecinos- por medio de las cuales los anoticiaron de la grave situación y conminaron a intervenir.

Seguidamente narran antecedentes técnicos de la situación. Citan parte de un informe de diciembre de 2.014 sobre la situación socio sanitaria en el Centro de Salud N° 42, de barrio Comercial (que incluye la zona este de Villa El Libertador), realizado por el Departamento de Medicina Familiar de la Facultad de Ciencias Médicas de la U.N.C., del cual surge el estado en que se encuentra el Canal Maestro Sur. Manifiestan que se han solicitado diferentes informes y estudios que fueron realizados por el Centro de Química Aplicada, dependiente de la Facultad de Ciencias Químicas de la U.N.C.. Que también la arquitecta María Eugenia Gordillo realizó un trabajo extenso, donde analizó al detalle la problemática aplicable. Citan parte del informe.

Relatan que durante el período de sesiones ordinarias del año 2.016 del Concejo Deliberante de la Ciudad de Córdoba, el Bloque "Movimiento ADN" presentó un proyecto de ordenanza N° 5212-C-16, donde se propuso brindarle al intendente de la ciudad una herramienta: la declaración de emergencia sanitaria y ambiental por el término de ciento ochenta días. Que dicho expediente pidió ser tratado sobre tablas en la sesión N° 9 del 05/05/16, dada la urgencia, pero el oficialismo rechazó dicho tratamiento y lo envió a las comisiones respectivas para su estudio. Transcriben el proyecto de ordenanza.

Agregan que el Concejil Serrano también presentó un pedido de informe mediante proyecto de Resolución N° 5235-C-16, referido al pedido de Informes al D.E.M., relativo al crecimiento de la napa freática en Barrio Villa El Libertador, la que citan. Que, finalmente, el Movimiento ADN presentó un proyecto de resolución individualizado como 5256-C-16, pidiendo informes sobre la situación que vive la zona sur de la ciudad, el que citan.

Exponen los antecedentes jurídicos del caso y el derecho ambiental que entienden de aplicación.

Sostienen que en todo de acuerdo con los principios reconocidos por la "Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente Humano de Estocolmo" (1.972) y por la "Cumbre de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de Río de Janeiro" (1.992), los constituyentes reformadores introdujeron la cuestión ambiental en el art. 41 de la Constitución Nacional. Destacan que la Reforma de 1.994 ha consagrado el derecho a un medio ambiente sano y el correlativo deber de preservarlo y que a su vez permita un efectivo desarrollo sostenible.

Añaden que tal reforma incorpora temas trascendentales como los "*presupuestos mínimos*" de protección al medio ambiente, el uso racional de los recursos naturales, la recomposición del daño ambiental, la información y educación ambiental, la protección de la biodiversidad y la preservación del patrimonio natural y cultural. Que receipta asimismo principios recogidos a nivel internacional.

En tal tésis, destacan que el derecho que reconoce el art. 41 de la Constitución Nacional es un derecho colectivo o derecho público subjetivo, cuyo titular es la sociedad toda, quien se ve agredida en primer lugar por el daño ecológico. Que este derecho tiene como correlato la obligación del Estado y de la sociedad en general, de procurar la defensa del medio ambiente y de los recursos naturales con todos los medios a su alcance. Citan doctrina.

Adicionan a ello, que el segundo y tercer párrafo del art. 41 ib, establece varias obligaciones a cargo del Estado. Así, impone la obligación de proveer a la protección del derecho al medio ambiente

sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, sin comprometer las generaciones futuras. Que es su deber ejercer el poder de policía ambiental para reglamentar las actividades económicas.

Incorporan a sus fundamentos la Ley Nacional General del Ambiente, en cuanto prevé la estructura institucional básica sobre la cual debe organizarse, sancionarse e interpretarse la normativa específica. Citan la Resolución N° 92/05, que en su art. 1° establece que se entiende por presupuesto mínimo el umbral básico de protección ambiental que corresponde dictar a la Nación y que rige en forma uniforme en todo el territorio nacional como piso inderogable, el que garantiza a todo habitante una protección ambiental mínima, más allá del sitio en que se encuentre.

Distinguen entre “*dominio*” y “*jurisdicción*” a los efectos de la asignación de competencia en materia de recursos naturales en nuestro sistema federal. Al respecto, alegan que no cabe duda respecto del dominio originario de las provincias sobre ellos, pero que resulta posible -bajo determinadas condiciones-, reconocer la jurisdicción nacional sobre los mismos.

Que, asimismo, los distintos niveles de gobierno tienen la obligación de asegurar el cumplimiento de los distintos principios, integrándolos en todas las decisiones y actividades. Enumeran como principios de Política Ambiental Nacional, entre otros, los de Prevención, Responsabilidad, Equidad Intergeneracional, Sustentabilidad y Solidaridad.

Reproducen la definición de daño ambiental de la Ley N° 25.675, indicando que consiste en toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas o los bienes o valores colectivos. Entienden aplicable, también, la Ley N° 25.916 de Gestión de Residuos Domiciliarios, en cuanto a presupuestos mínimos. Destacan los objetivos de la mencionada norma y la definición de residuos domiciliarios que la misma brinda.

Refieren que resulta sumamente importante adoptar el criterio de gestión integral de este tipo de residuos, que comprende varias etapas que la ley enumera y para las cuales establece lineamientos y soluciones, a los fines de asegurar una efectiva y eficaz implementación del sistema.

Sostienen que, a tenor de toda la normativa aplicable, la acción de amparo es procedente para lograr la cesación del daño ambiental. Que también lo es respecto al carácter colectivo del amparo y de los derechos vulnerados. Citan doctrina. Afirman domiciliarse en Villa El Libertador y por ello estar afectados por las condiciones ambientales desfavorables desarrolladas.

Añaden, finalmente, que no resulta requisito exigible acreditar la existencia del agotamiento de la vía administrativa a partir de la reforma constitucional de 1.994 y que asimismo resulta evidente la inexistencia de otras vías judiciales aptas, dada la urgencia del cese del daño ambiental, en salvaguarda de la salud y del medio ambiente.

Citan jurisprudencia y formulan reserva del caso federal.

II.- Admisión.

A fs. 29 se admite la acción de amparo incoada.

III.- Informes de las Administraciones

Para una mejor comprensión, considero útil primero hacer el relato de los informes producidos por las demandadas en virtud de lo dispuesto por el art. 8 de la Ley N° 4.915, así como referir las pruebas ofrecidas y tramitadas; para luego detallar la medida cautelar dictada en autos, su derrotero y demás acciones impulsadas por este Tribunal a fin de paliar la situación en la que se encuentran los habitantes de esta parte de la ciudad de Córdoba, hasta tanto este pronunciamiento tuviera lugar.

1) Informe de la Municipalidad de Córdoba.

A fs. 1.021/1.051 vta. la Municipalidad de Córdoba produce informe y contesta la demanda solicitando su rechazo, con costas.

Resalta, como cuestión preliminar, que la cuestión de marras es un problema estructural de un sector de la ciudad desde hace varias décadas y sostiene que previo al inicio de la presente acción, venía ejerciendo acciones paliativas, tales como el desagote de cámaras sépticas y pozos negros y la colocación de bombas para deprimir las napas freáticas.

Entiende que el resultado de la presente causa, debido a los derechos que se tienden a proteger, no debería ser una condena, puesto que todas las partes tienen el mismo interés y apuntan sus acciones de gobierno a lograr soluciones en el corto, mediano y largo plazo. Que cualquier medida que se adopte no puede ser ajena a la colaboración permanente y sostenida de los afectados directos, quienes también deben preservar el ambiente y evitar la contaminación.

Expone los antecedentes históricos de la zona y los antecedentes geomorfológicos del sector.

Describe que la zona donde se encuentra localizado el Barrio Villa El Libertador se caracteriza litológicamente por la existencia de una formación típica de suelos altamente colapsables. Que se trata de un sector loessico, levemente buzante hacia el Este, correspondiente a una planicie que descansa hacia el Oeste en las primeras estribaciones de las Sierras Chicas. Que con escasas diferencias de nivel, las ondulaciones propias de los depósitos eólicos y la presencia de paleo causas, conforman la geomorfología típica. Que sobre ese esquema, se instala una red de drenaje de comportamiento variable en función a diferencias topográficas locales, la efectividad de los sistemas de bajos entrelazados que operan en la evacuación de aguas superficiales, el uso actual e histórico del suelo y las variaciones en las precipitaciones en relación a los valores medios, hace que en ocasiones la transferencia de volúmenes importantes de aguas superficiales entre un sector y otro de las sub cuencas y las cuencas por un fenómeno se trasvase.

Respecto de la hidrología del sector, señala que se pudo confirmar la existencia de un flujo subterráneo, a nivel freático, con direcciones predominantes sur-norte, oeste-este, con variaciones sustanciales en los niveles vinculados, probablemente, a la descarga de efluentes domiciliarios a pozos absorbentes y aportes de áreas urbanas más elevadas, entre otras.

Concluye que el incremento de los niveles de la capa freática en esta área se debe a situaciones concurrentes; a saber: niveles de lluvia que superan los valores medios históricos, la descarga de agua al subsuelo por los pozos ciegos, la presencia de niveles de baja permeabilidad a poca profundidad y la recarga de la capa freática como barrera positiva del canal de riego.

Describe el trayecto del Canal Maestro Sur.

Expone el marco normativo vigente que considera aplicable, a saber:

la Constitución Nacional, arts. 41 y 42; la Ley General de Ambiente Nº 25.675 -en cuanto establece en su artículo 6 los presupuestos mínimos y los principios ambientales-, en sus artículos 2, 4 y 8 los objetivos, los principios rectores de la política ambiental y los instrumentos de gestión para llevarlos a cabo; la Constitución de la Provincia de Córdoba, arts. 11, 66 y 68; la Ley de Política Ambiental Provincial Nº 10.208 y la Ley Nº 7.343; el Código de Aguas para la Provincia de Córdoba (Ley Nº 5.589); Régimen de Estándares y Normas sobre vertidos para la preservación del recurso hídrico de la Provincia (Decreto Nº 847/16); el Marco regulador para la prestación de los servicios públicos de agua potable y desagües en la Provincia de Córdoba (Decreto Nº 529/94); Carta Orgánica Municipal de la ciudad de Córdoba, artículo 28, y la Ordenanza Nº 7104; Ordenanza Nº 9387 (Código de Edificación), puntos 1.4, 5 y 5.4.

Plantea que la normativa apuntada pone en esfera del gobierno provincial el poder de policía respecto de la descarga de cualquier tipo de efluentes en aguas subterráneas, también jurisdicción de la Provincia.

Manifiesta que el Organismo Municipal se encuentra avocado a solucionar un sinnúmero de problemas que implican afectar recursos humanos y financieros, y que, en el caso particular de las obras de infraestructura, tiene costos muy elevados. Que en relación con el requerimiento de obras de red de efluentes cloacales, el Departamento Ejecutivo Municipal viene adoptando múltiples acciones concretas para contrarrestar su déficit, y se encuentra desarrollando un plan de infraestructura de servicios (sobre la base de los lineamientos propuestos por el Plan Director Córdoba 2.020), a fin de

consolidar la infraestructura urbana para aumentar la oferta de servicios públicos, y proveer así una sustancial mejora a la calidad de vida de los distintos sectores sociales de la ciudad. Que este plan implica la adecuación de las infraestructuras de provisión de alumbrado público, cloacas y desagües pluviales a la creciente demanda, y la formulación de proyectos a pequeña, mediana y gran escala para proceder a su ejecución, con financiamiento propio o con colaboración de otros organismos de gobierno.

Enumera las obras realizadas durante los últimos diez años.

Narra que en diciembre de 2.011 se creó el Fondo para el Desarrollo de la Infraestructura Sanitaria y Cloacal, que tiene por objeto la financiación de obras de infraestructura y renovación de la red de cloacas de la ciudad.

Que, posteriormente, en diciembre de 2.012 se sancionó la Ordenanza N° 12.130, facultando al Departamento Ejecutivo a ceder, por un período de doce ejercicios, a un fideicomiso, la totalidad de los recursos que integran el fondo mencionado precedentemente.

Explica que el parámetro que tiene en cuenta el organismo técnico competente para la ejecución de las distintas obras cloacales sumadas a las proyectadas, es la posibilidad de conexión a la red municipal existente.

Agrega que en noviembre de 2.012, el municipio celebró con la Provincia el convenio marco para la realización de tareas de limpieza, refuncionalización, mantenimiento y forestación de los Canales Maestros Norte y Sur, aprobado mediante Decreto N° 4.679, del 29/11/2.012.

Manifiesta que se trabajó a lo largo del Canal Maestro Sur, extrayendo basura para mejorar la decantación en el Infiernillo -obstruido por la construcción del Nudo Vial El Tropezón-; y que en el tramo comprendido por Roque Arias, Los Granados, Villa Martínez, La Madrid, se liberó la compuerta niveladora del El Rosedal, taponada con troncos y basura. Asimismo desbancó una compuerta clandestina próxima a las siete alcantarillas y, a la altura de Cabo Farina, se sacaron colchones y pallets descargados por una distribuidora.

Sigue diciendo que, además, confeccionó un proyecto de construcción de una planta de tratamiento de efluentes cloacales, para resolver la problemática de ausencia de red para el sector del sud este de la ciudad, incluyendo Villa El Libertador, y que se encuentra en gestión su financiamiento.

Que, también, suscribió un convenio de colaboración en fecha 11/12/15, a fines de analizar y abordar las cuestiones de recolección y tratamiento de líquidos cloacales y residuales de la ciudad y determinar así un programa de proyectos, acciones y obras tendientes a mejorar y ampliar la prestación del servicio.

Hace saber que el 20/05/16 se realizó la apertura de sobres para la obra de colectores y planta depuradora de líquidos cloacales de la ciudad; inversión cuyo monto y plazo de ejecución -tres años- no podría realizarse sin intervención del gobierno provincial.

Afirma que los colectores a ejecutar son: colector Centro, Sur 2 y Sur, Noroeste y Norte. Que del esquema planteado se dividirá en dos grandes cuencas la ciudad: al sur y al norte del Río Suquía. Mientras que la ampliación de la planta de Bajo Grande, abarcará dos nuevos módulos de la planta depuradora.

Por otro lado, destaca que con fecha 30/03/16 celebró convenio con el gobierno provincial para analizar, estudiar y abordar las cuestiones del sistema de desagües pluviales urbanos de la ciudad y determinar un programa de proyectos, acciones y obras tendientes a mejorar el sistema. Que, además, posee un sistema de drenaje de tres desagües, ubicados en calles Río Negro, Curazao y un canal a cielo abierto en calle Armada Argentina, que mantiene continuamente.

Añade que, en cumplimiento de la cautelar dispuesta en autos, por decreto N° 2118/16, declaró la emergencia ambiental y sanitaria en B° Villa El Libertador, con el objeto de diseñar un plan de mitigación, con pautas y acciones concretas, vigilando las condiciones sanitarias de la población.

Resume que la situación de infraestructura sanitaria cloacal era crítica al asumir su gobierno el actual Intendente, citando numerosos factores que a ello contribuyen, y que, en consecuencia, las

áreas técnicas han proyectado la construcción de una nueva planta para su tratamiento, en el sector sud este de la ciudad. Que actualmente se encuentra gestionando su financiamiento.

Destaca que además proyectó numerosas obras de red cloacal, como nexos y refuerzos de cañerías existentes, redes colectoras domiciliarias y redes domiciliarias, para ejecutar en próximos ejercicios presupuestarios. Entre ellas, la red colectora Sur I -Villa El Libertador y red de desagüe cloacal domiciliario de Villa El Libertador. Que se encuentra también en gestión de su financiación.

Enfatiza la carencia de sentido de la ejecución de una red domiciliaria, cuando no existe posibilidad de conexión a una red receptora que, para el caso, se trata de una red o nexo troncal y una planta de tratamiento de efluentes cloacales. Aclara que la Planta de Tratamiento de Líquidos Cloacales Bajo Grande tiene agotada su capacidad receptiva.

Afirma, también, que se agrega a ello la cuestión de elevación de las capas freáticas. Que ello es competencia material de la Provincia (Recursos Hídricos), conforme estipula el Decreto Provincial N° 847/16, sin perjuicio de la colaboración que pueda prestar para su solución. Que conforme informara el geólogo Frontera, la elevación de las capas freáticas de la zona se debe a niveles de lluvia mayores a los valores medios históricos, a descarga de agua al subsuelo por los pozos ciegos, a presencia de niveles de baja permeabilidad a poca profundidad (toscas) y a recarga de la capa freática como barrera positiva del canal de riego.

Finalmente, destaca que la problemática requiere de un trabajo coordinado de todas las esferas de gobierno.

De las acciones a adoptar cita medidas inmediatas, a corto y a largo plazo. Entre las primeras destaca que prestó un total de 1.032 desagotes de cámaras sépticas entre el 19/07/16 y el 16/08/16, en viviendas afectadas. Que colocó contenedores en la calle colindante con el canal Maestro Sur e intensificó la recolección de residuos sólidos urbanos. También que adicionalmente a la cautelar ordenada en autos, realizó trabajos de limpieza en márgenes del Canal Maestro Sur.

A corto plazo, cita que se pusieron en funcionamiento tres bombas depresoras en B° Residencial Santa Rosa y Alejandro Carbó. Que se encomendó un estudio de suelo de los niveles freáticos de la zona afectada al geólogo Héctor Frontera, a fin de determinar la cantidad de bombas necesarias y su ubicación. Que, por su parte, el Observatorio Ambiental, dependiente de la Municipalidad de Córdoba, inspeccionó a orillas del Canal Maestro Sur tomando muestras de agua de las bombas y en dos sectores del canal.

De sus resultados, destaca que se advirtió que los aportes del agua de bombeo diluyen las altas concentraciones que el mismo posee, resultando en un impacto positivo respecto de la situación actual. Que el agua proveniente del pozo que alimenta la laguna del Parque Sarmiento, se encuentra más concentrada en sales que las provenientes de la capa freática del sector donde se encuentran instaladas las bombas (Villa El Libertador), lo que permite deducir que hay gran aporte de agua natural, sobre todo en el sector de la bomba N° 3, ubicada en la plaza colindante al Canal Maestro Sur en B° Alejandro Carbó, entre las calles Vaquerías y Virgen de Fátima, aguas arriba de la dirección de escurrimiento natural.

Añade que a través de la Secretaría de Salud se ejecutó una vigilancia de patologías notificadas en la población a partir del Informe Epidemiológico Semanal, suministrado por el Hospital Municipal Villa El Libertador "Príncipe de Asturias" y el Centro de Salud N° 42 (B° Comercial). Que se relevó desde el año 2.012, hasta la semana epidemiológica N° 20 de 2.016, del que se tomaron -a modo referencial-, las siguientes patologías: 1) Enfermedad Diarreica Aguda (EDA); 2) Enfermedad Diarreica Aguda Sanguinolenta (EDAS); 3) Síndrome Urémico Hemolítico (SUH); 4) Hepatitis A (HEP. A); 5) Hepatitis sin Especificar (HEP. S/E). Que hasta la semana epidemiológica N° 19 -datos con los que se cuenta-, no se registraron notificaciones de SUH y de Hepatitis. De diarreas agudas, se registraron 398 casos, observándose un 48,04% de notificaciones menos que en 2.015 (igual período). Que no se cuenta con notificaciones de EDAS, SUH, HEP. A y HEP. S/E). Sí, casos de EDA, pero la mayor parte registrada en 2.012 (254 casos) y en 2.013 (154 casos). Destaca que hasta la semana N° 20, se informaron un 20% menos de casos, respecto al año 2.015.

Finalmente, propone para largo plazo el diseño de la red cloacal domiciliaria, de los nexos conectores a la red y la gestión de financiamiento ante la Nación; de esta última refiere que presentó nota con fecha 22/08/16 por ante el Ministerio del Interior, Obra pública y Vivienda. Agrega un listado de obras proyectadas, sus costos y estado en que se encuentran.

Seguidamente contesta la demanda, solicitando, en primer lugar, se declare abstracta la cuestión de marras en autos, con costas por el orden causado.

Opone, acto seguido, excepción de falta de legitimación activa, sosteniendo que debe acreditarse homogeneidad de intereses individuales, para conocer si existe un hecho común, una solución común o si en su caso debe demandarse de manera individual.

Alega que la acción no cumple los requisitos de admisibilidad formal ni sustancial de la Ley N° 4.915, no procediendo por tanto, conforme el art. 2 ib. Destaca, en tal sentido, que no existe ningún acto u omisión de su representada, y que de entenderse que existe, ninguno que afecte con ilegalidad manifiesta derechos y garantías constitucionales, como exige la ley.

Entiende insuficiente la denunciada falta de infraestructura cloacal, si al mismo tiempo no se demuestra negativa de la Administración para atender esa materia o inacción oficial en torno a la misma, destacando que ello no ocurre en el caso.

Afirma que no pueden tildarse de lesivos, la falta de ejecución de obras de infraestructura cloacal o falta de planificación de las mismas, toda vez que el municipio se encuentra en constante proyecto de obras, para mejora de la calidad de vida de todos los ciudadanos. Detalla obras en tal sentido (construcción de nexos y refuerzos de cañerías existentes, redes colectoras domiciliarias, redes cloacales y otras obras), sus montos y estado de ejecución.

Niega que la ausencia de red cloacal en Villa El Libertador sea causa eficiente de los supuestos desbordes de cámaras sépticas y llenado o hundimiento de pozos absorbentes de las viviendas, y mucho menos de la elevación de las capas freáticas, que tacha de corolario de muchos factores. Cita entre ellos los niveles de lluvia -mayores a niveles medios históricos-, la descarga de agua al subsuelo por los pozos ciegos, la presencia de niveles de baja permeabilidad a poca profundidad y la recarga de la capa freática como barrera positiva del canal de riego.

Continúa su análisis destacando que la antijuridicidad debe surgir patente, sin labor investigativa de profundidad y que el acto lesivo no se advierte en autos. A ello agrega que existen vías administrativas a efectos de atender el reclamo de marras, no resultando de recibo la acción.

Del daño ambiental denunciado, niega que se configure la magnitud requerida para producirse. Destaca la capacidad del medio ambiente de asimilar un cierto número de impactos sin graves secuelas y que para su existencia, la degradación debe exceder los niveles guías de calidad, estándares o parámetros límite de tolerancia que impone la convivencia. Cita doctrina.

Manifiesta que el art. 186 de la Constitución Provincial reconoce competencia material a su representada en cuanto a realizar obras públicas, atender la salubridad, uso de subsuelo y protección del medio ambiente.

Que tratándose de una facultad exclusiva, disponer la ejecución de una obra de infraestructura de red cloacal implicaría una abierta violación a la autonomía municipal de raigambre constitucional. Cita jurisprudencia.

Invoca que no incumbe al juez revalorar y ponderar una elección de la discrecionalidad ya realizada por la Administración, pues ello implicaría "administrar" y vulnerar, consecuentemente, la división de poderes.

Agrega que si bien se encuentra desarrollando proyectos de obras de infraestructura para la zona sur de la ciudad, debe considerarse que ello se supedita tanto al cumplimiento de cuestiones administrativas, como a los medios que se disponen para su cumplimiento y a los procedimientos que regulan el gasto público, que inciden en el modo y plazo de sus resultados.

Destaca que se podrá comenzar su ejecución cuando se encuentren materializadas las obras de la red troncal cloacal y ampliada la planta depuradora existente. Que siendo limitados los recursos

para su solvento, el Intendente ha gestionado su financiación ante el Gobierno Nacional. Destaca que el Presupuesto de Gastos y Cálculo de Recursos y sus rectificaciones, sancionado anualmente por el Concejo Deliberante, constituye la base legal, pero también el límite del gasto público que puede comprometerse.

Remarca que de ello se sigue su actuación conforme a derecho y de acuerdo a pautas razonables para la implementación de programas de ejecución de obras de infraestructura. Detalla acciones en tal sentido.

A favor de la improcedencia de la acción, invoca que la cuestión requiere un mayor debate y prueba (inc. 2 art. 2 Ley N° 4.915), no cabiendo la sumarísima vía del amparo y correspondiendo el proceso ordinario. Enfatiza, en tal sentido, las cuestiones técnico legales que involucran la acción de gobierno en torno a lo planteado, su amplitud y complejidad.

Adita a ello una cuestión ajena a su competencia, cual es la ejecución de obras de infraestructura cloacal, a los fines de lograr la depresión de las capas freáticas, aspecto de resorte exclusivo del Superior Gobierno de la Provincia (Secretaría de Recursos Hídricos).

Alega, finalmente, la inaplicabilidad e inconstitucionalidad del art. 74 de la Ley N° 10.208, que tacha de restrictivo de su derecho de defensa y de la posibilidad de revisión de la Sentencia por un Tribunal Superior. Deja planteada su inconstitucionalidad para el caso de aplicarse, en cuanto lesiva del principio de igualdad procesal y violatoria del Pacto de San José de Costa Rica.

Hace reserva del Caso Federal.

2) Informe de la Provincia de Córdoba

A fs. 1.052/1.067 la Provincia de Córdoba presenta su informe y solicita el rechazo de la demanda incoada en su contra.

Considera improcedente la acción y destaca que, en pos de las medidas ordenadas por este Tribunal, realiza labores en el sector pertinente del Canal Maestro Sur, pese a que el estado del mismo se debe a causas ajenas a su responsabilidad.

Niega que por su acción u omisión se haya puesto en riesgo grave el ambiente o la salud de los vecinos de Villa el Libertador y que por ello pudiera provocarse afección alguna a los derechos de los habitantes, particularmente contaminación ambiental.

Desestima haber omitido deberes impuestos por ley y que ello lesionara, o pudiere lesionar, los derechos que se invocan. Respecto a los hechos relatados por la actora, niega que impliquen arbitrariedad y/o ilegalidad manifiesta.

Seguidamente enumera los antecedentes del caso. Manifiesta que alrededor de quince años atrás, la entonces Di.P.A.S. intervino en la problemática a fin de dar colaboración y asistencia técnica, resultando de ello que la Municipalidad aceleró su plan de obras de drenaje.

Sigue diciendo que previamente, en un congreso sobre "Drenaje Urbano" organizado por nuestra Municipalidad, el Ingeniero Reyna presentó un plan para resolver la cuestión de las escorrentías superficiales de la región, que incluía lagunas de retención y conducciones, canales y conductos cerrados. Que se concretó parte de dicho plan, pero que el desarrollo de la Red de Acceso a Córdoba, hizo que muchas obras y medidas que se habían tomado ya no fueran de utilidad, descansando la Municipalidad en su preocupación, en cuanto otro ente ejecutaría las obras.

Afirma que para esa época ya se había formado una comisión, en la que estaban representados la Municipalidad, la Dirección Provincial de Vialidad y la entonces Di.P.A.S., resolviéndose temporalmente los problemas de inundación, mediante las obras que finalmente se hicieron.

Enfatiza que la cuestión compete fundamentalmente a la Municipalidad y que de esa época ya datan estudios del tema.

Advierte que con el tiempo las escorrentías crecieron y señala que ello ocurrió en cuanto se impermeabilizó considerablemente la zona por el crecimiento urbano permanente y continuo, más su

densificación. Considera que faltó el necesario control municipal, sin dejar de reconocer los fenómenos meteorológicos.

Manifiesta que algunas obras se llevaron a cabo en el marco de ejecución de la Avenida de Circunvalación y la intersección con la Avenida Armada Argentina. Que la última posee, en forma subterránea, un túnel linear de 3 m. de diámetro, que permite la vinculación de los excedentes pluviales de la cuenca de aporte rural, periurbana y urbana de Villa El Libertador, desde calle Río Negro y Anisacate hacia el arroyo La Cañada.

Que el reciente plan anunciado por la Provincia para la ejecución de desagües pluviales en diferentes puntos de la ciudad, incluye el entubamiento de parte de dicho desagüe -denominado "Anisacate"-, en su tramo final por barrio SMATA II, antes de la desembocadura a La Cañada.

Añade que también realizó el canal interceptor de los escurrimientos, en coincidencia de la calle Cañada de Gómez (al oeste de barrio Santa Isabel), conduciendo los excedentes pluviales del área rural, hacia La Cañada. Que ello permitió proteger el barrio en cuestión y otros al este, además de efectuar la intercepción de los escurrimientos de ambas cunetas de la Ruta Provincial N° 5, antes que ingresen a la zona urbana de ese sector de la ciudad.

Del Canal Maestro Sur, informa que es un bien de dominio público del Estado provincial, diseñado y construido como sistema de riego. Destaca que posee una pendiente muy baja. Que ello implica una velocidad muy reducida en régimen de conducción de caudales, favoreciendo la sedimentación, bajo nivel de arrastre de sólidos en suspensión y nula auto limpieza.

Que ello requiere un exhaustivo control de las aguas que lo alimentan.

Suma a lo expuesto, que recibe, ilegalmente, un caudal de efluentes cloacales y aguas de desagües pluviales, que lo utilizan como evacuador. Que, asimismo, el espacio de todo el canal es utilizado como depósito irregular de residuos sólidos urbanos y de otro tipo.

Alega que a la postre, pese a sus esfuerzos para mantener en condiciones la obra, su estado obedece a las circunstancias precedentes de competencia de la codemandada y excede a sus potestades.

Seguidamente cita las acciones llevadas a cabo por su parte. Entre ellas, que con fecha 21/06/16 se inició limpieza entre la alcantarilla de la Colectora Av. De Circunvalación y la calle El Amanecer, a 700 m. aguas debajo del puente de la Av. Vélez Sarsfield, abarcando unos 3500 m. de longitud en su totalidad. Que luego se realizó el tramo entre Colectora Av. Circunvalación y calle Defensa y a continuación entre Av. Vélez Sarsfield y calle El Amanecer.

Menciona que limpió la basura de sectores aguas arriba hacia la colectora de Av. Circunvalación; en Colectora Av. Circunvalación y puente calle Defensa; entre Puente calle Defensa y puente calle Reconquista; entre Puente calle Reconquista y puente calle Bogotá; entre Puente calle Reconquista y puente calle Laboulaye; entre Puente calle Laboulaye y Av. Vélez Sarsfield; entre puente Av. Vélez Sarsfield y pasarela calle El Amanecer.

Acompaña imagen satelital de la situación actual de la traza del Canal y refiere que desde hace más de 15 años, el tramo del Canal Maestro Sur que se encuentra entre el Dique Mal Paso, hasta unos 600 mts. aguas arriba de la intersección con el Canal Los Molinos Córdoba, no se usa con fines de riego.

Que los problemas de contaminación son fundamentalmente producto del efluente que circula por esta zona del canal, por un uso ajeno al proyectado (desagües pluviales y cloacales). Que además entubar el mismo provocará mayores problemas de inundación en barrios aledaños, dado que no tienen resueltos correctamente sus desagües pluviales. Que tampoco resolvería el problema, sino que lo trasladaría hacia otro sector, provocando serios inconvenientes.

Bajo el epígrafe "*La cuestión relativa al nivel freático*", hace presente que la información se basa en la medición de niveles estáticos del acuífero freático del sector rural al suroeste de Villa El Libertador, para lo cual se ha trazado un perfil topográfico en dirección del flujo subterráneo regional.

Acompaña imágenes satelitales del perfil longitudinal, donde se han marcado los niveles estáticos inferidos del acuífero freático medidos en pozos de molinos de agua en la zona rural, con valores que van desde 90 metros en la parte más alta de la cuenca, a 43 metros en la zona media, mientras

en la zona urbana se observan valores del orden de 0,50 metros. Que también se traza en la imagen la profundidad del nivel estático y la desviación que se observa en el sector urbano, estimando una diferencia del orden de los 10 metros, con respecto a la tendencia que surge de la diferencia topográfica de los otros puntos medidos en el sector rural.

Concluye que este tipo de variaciones del nivel freático no pueden atribuirse a un solo factor. Que resulta técnicamente evidente, más allá del incremento de las precipitaciones, la relación entre el sector con problemas de ascenso de freática con el factor urbano. Señala al factor antrópico como principal responsable, debido al sistema de disposición final de líquidos cloacales con pozos absorbentes, el cual genera una recarga adicional muy significativa al acuífero freático del sector.

Bajo el epígrafe "*Competencia Municipal - Remediación*", destaca que en el sistema federal de Estado adoptado constitucionalmente, las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal en la Carta Magna (art. 121 ib.). Que, conforme ello, corresponde primariamente a las provincias el ejercicio del poder de policía.

De los municipios, reza que gozan de autonomía institucional, política, económica y financiera (arts. 5, 75 inc. 30 y 123 CN); pero que ella no es originaria, sino de derivada del poder provincial. Sostiene, sin embargo, que el grado de intensidad de esa autonomía está determinado por los preceptos de las Constituciones Provinciales y sus normas reglamentarias. Cita jurisprudencia.

Entiende, así, que las prerrogativas de los municipios derivan de las correspondientes provincias a las que pertenecen y por tanto es atribución del poder constituyente provincial y de su legislación, establecer las facultades municipales.

Añade, como corolario, que puede ampliarse o restringirse el nivel autonómico de las comunas, sin privarlas de las atribuciones mínimas e indispensables para concretar su cometido. Cita jurisprudencia. Finalmente, que la extensión y alcance de dicha autonomía, dependerá de la decisión político institucional adoptada por cada Provincia.

Destaca que el Tribunal Superior de Justicia ha señalado que la consagración constitucional de la autonomía municipal, implica reconocer potestades normativas originarias de los municipios, en relación al ejercicio de competencias que determinan el ámbito de actuación material y territorial propio, incluso mediante el reconocimiento de atribuciones implícitas, condicionadas, estas últimas, a que la función o atribución de interés municipal puesta en acto por el ente Municipal, no esté prohibida constitucionalmente, ni sea incompatible con las funciones de los poderes del Estado Provincial.

Manifiesta que, necesariamente, dicha autonomía se refiere a la regulación de cuestiones de interés local. Sin desconocer que la problemática ambiental importa la existencia de potestades concurrentes entre Provincia y Municipio, destaca que deben respetarse las respectivas esferas de competencia, a los fines de la remediación.

Asevera que las acciones requeridas, tales como el adecuado manejo de desagües pluviales urbanos, solución a los desbordes de efluentes cloacales, limpieza y disposición de residuos sólidos urbano, son de resorte de la Municipalidad. Cita los arts. 186 incs. 6 y 7 de la Constitución de Córdoba y el art. 38 de la Carta Orgánica Municipal.

Ilustra que, mediante Decreto N° 1.776/1990, se aprobó el "*Convenio de Transferencia de Servicios de Desagües Cloacales*", celebrado entre la Provincia y la Municipalidad, mediante Ordenanzas Nros. 12.017 y 12.018. Que esta última estableció una carga a todos los vecinos, destinada a "*Contribución para la Financiación del Desarrollo de la Infraestructura Sanitaria y Cloacal*". Que por ello la Municipalidad percibe importantes sumas dinerarias.

Alega, también, que la aprobación de la urbanización de Villa El Libertador se realizó en tiempos en que no regía la Resolución N° 646 de la entonces Di.P.A.S. y que la falta de planificación conllevó un desborde en el sistema de saneamiento cloacal, lo que resulta responsabilidad exclusiva de la Municipalidad.

Resalta que la Secretaría de Planeamiento e Infraestructura tiene entre sus funciones la planificación de esta cuestión, y concluye que la responsable directa y final de la situación actual del barrio es la Municipalidad.

Destaca, no obstante, que ha puesto en marcha la licitación para la ejecución de obras cloacales que sin duda coadyuvarán a la solución, y que ha cumplimentado lo ordenado por este Tribunal; pero ello no implica asumir un rol que legalmente no le corresponde. Enfatiza que el ejercicio de la función judicial, toda vez que irrumpe el ámbito de atribuciones reservadas a los demás poderes, constituye una anomalía constitucional axiológica, caracterizada como la pretensión de instalar un *gobierno de los jueces* (sic).

Hace reserva del Caso Federal.

IV.- Pruebas.

Procede en este estadio referirnos a las pruebas ofrecidas respectivamente por las partes; a saber:

1) **La Actora:** ofreció a fs. 27vta./28 de autos la siguiente:

- a)-Documental, la que se encuentra agregada a fs. 31/106 y reservada en la Secretaría del Tribunal, consistente en:
 - b)-Copia simple nota presentada en el mes de septiembre de 2.014 dirigido al Director de Ambiente de la Municipalidad de Córdoba
 - c)-Copia simple de nota presentada con fecha 25 de noviembre del año 2.014 ante la Legislatura de la Provincia de Córdoba a la Comisión de Obras Públicas, Vivienda y Comunicación
 - d)-Copia simple de nota presentada con fecha 25 de noviembre de 2.014 ante la Legislatura de la provincia de Córdoba a la Comisión de Asuntos Ecológicos.
 - e)-Copia simple de nota presentada con fecha 25 de noviembre de 2.014 ante la Legislatura de la provincia de Córdoba a la Comisión de Salud Humana.
 - f)-Copia simple nota presentada con fecha 5 de diciembre de 2.014 ante la Comisión de Salud Pública y Medio Ambiente del Concejo Deliberante de Córdoba.
 - g)-Copia simple nota presentada el 26 de abril de 2.016 en la secretaria privada del intendente de la ciudad de Córdoba Ramón Javier Mestre.
 - h)-Copia simple nota presentada el 26 de abril de 2.016 dirigida al gobernador de la provincia de Córdoba, Cr. Juan Schiaretti, con número de SUAC 212202001416.
 - i)-Copia simple nota presentada el 22 de abril de 2.016 dirigida al presidente del bloque de Unión por Córdoba del Concejo Deliberante de la ciudad de Córdoba.
 - j)-Copia simple nota presentada el 22 de abril de 2.016 dirigida a la Concejala Natalia De La Sota miembro del Bloque de Unión por Córdoba.
 - k)-Copia simple nota presentada el 22 de abril de 2.016 dirigida al concejal Lucas Balían como integrante de la Comisión de Salud Pública y Medio Ambiente.
 - l)-Copia simple nota presentada con fecha 15 de abril de 2.016 al Director del C.P.C de Villa Libertador adjuntando las firmas de 357 vecinos, sumado a ellos los directivos y docentes de la escuela Santiago el Estero y el Pbro. Juan Candela de la Parroquia Nuestra Señora del Trabajo.
 - m)-Copia de informe sobre la situación Socio-Sanitaria realizado por el Departamento de Medicina Familiar de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de Córdoba.
 - n)-Copia simple de los Informes N°1411035/01; 1407008/01; 1407008/02; 1407009/02; 1407009/02; 1407008/02; y registro fotográfico de la extracción de muestras.
 - o)-Copia simple del informe realizado por la arquitecta María Eugenia Gordillo.
 - p)-Copia simple de artículos periodísticos de marzo 2.014, diciembre de 2.014 y mayo de 2.016.
 - q)-Registros fotográficos
 - r)-Informativas: dirigidas al Consejo Deliberante de la Ciudad y al Centro de Química aplicada de la Facultad de Ciencias Químicas de la U.N.C. (CEQUIMAP).

s)- Inspección Ocular.

Es de destacar que ninguna de la documentación acompañada en copia simple por la actora fue cuestionada en su validez o autenticidad por las accionadas.

2) **La Municipalidad de Córdoba** ofreció a fs. 1049 vta./1051:

a)-Instrumental: constancias de autos.

b)-Documental: consistente en:

i.- Acta N° 480 del 22/08/16 producida por la Oficial Mayor Adjunta Ab. Alejandra Ferrero. (fs. 890)

ii.- Copia simple de notas presentadas por el Sr. Intendente de la Ciudad de Córdoba al Secretario de Obras Públicas - Ministerio del Interior, Obra Pública o Vivienda de la Nación, recibidas en fecha 22/08/16, identificadas con n° 3164 y 3165 respectivamente. (fs. 897/898)

iii.- Informe producido por la Dirección de Control Integral de la Vía Pública dependiente de la Secretaría de Control y Fiscalización (Firmado por el Director de Control Integral de la Vía Pública Lic. Hernán Esteban y por el Subdirector de Control Integral de la Vía Pública Sr. Alejandro Cejas), con archivo digital adjunto, que contienen fotografías de la zona declarada en emergencia. (fs. 899/970)

iv.- Informe producido por la Dirección de Redes Sanitarias y Gas del 24/08/16 y su anexo, firmado por el Director de Redes Sanitarias y Gas Ing. Daniel Bardagi (fs. 971/975).

v.- Informe situacional y de avance, producido por la Subsecretaría de Atención Hospitalaria del 16/08/16, firmado por el Subsecretario de Atención Hospitalaria- Secretaría de Salud Dr. Pablo Igarzabal (fs. 976/981). vi.- Copia de la revista "Historias de Córdoba- Relatos de la Ciudad- Villa el Libertador" 1° y 2° partes, confeccionada por el Programa Municipal de Historia Oral Barrial (fs. 982/997).

vii.- Copias certificadas del Decreto N° 4679/12 del 29/11/12 y de la Ordenanza N° 12.130 sancionada por el Consejo Deliberante de la Ciudad de Córdoba el 18/12/12 (fs. 998/999 y 1004/1006, respectivamente).

viii.- Copia simple del Convenio de Colaboración Financiera entre el Estado Nacional y la Provincia de Córdoba para la ejecución de obras hídricas y de saneamiento en la Provincia de Córdoba (fs. 1009/1012).

ix.- Copia simple del Convenio Marco de Colaboración entre la Provincia de Córdoba y la Municipalidad de Córdoba para la ejecución de obras para el mejoramiento y ampliación del sistema de desagües pluviales urbanos y su respectiva Acta Acuerdo (fs. 1013/1016).

x.- Copia simple del Convenio Marco de Colaboración entre la Provincia de Córdoba y la Municipalidad de Córdoba para la ejecución de obras cloacales (fs. 1017/1019).

xi.- Informe producido por la Dirección de Planeamiento Urbano del 18/08/16 firmado por el Jefe de Departamento Interino de Planeamiento Urbano Arq. Raúl Alejandro Flores y el Director de Planeamiento Urbano Arq. Santiago Giunta (fs. 1020).

La parte actora, al igual que las Administraciones respecto a la prueba documental agregada por aquélla, no cuestionó ni su veracidad ni su autenticidad.

c)-Testimonial: del Ing. Matías Salum y del Arq. Fernando Almagro.

d)-Pericial: A la que se le proveyó: "*oportunamente*".

3) **La Provincia de Córdoba** ofreció a fs. 1066 vta.:

a) Documental: constancias de autos.

V.- Diligenciamiento de la prueba:

Por decreto de fecha 22/09/16 se tuvieron por producidos los informes de las demandadas en los términos del art. 8 de la Ley N° 4.915 y se proveyó a las pruebas ofrecidas por todas las partes.

A fs. 1123/1128 se encuentra incorporada la declaración **testimonial** del Sr. Subsecretario de Infraestructura, de la Secretaría de Planeamiento e Infraestructura de la Municipalidad de Córdoba, **Ing. Matías Alejandro Salum**.

En razón de las manifestaciones de este testigo, el Tribunal en uso de sus prerrogativas emanadas del tipo de proceso en trámite, decidió en esa ocasión, de lo que se dejó constancia en el acta, citar, también como testigo, al responsable de la Provincia de Córdoba sobre la materia; esto es, al Secretario de Recursos Hídricos de la Provincia de Córdoba, **Ing. Edgar Manuel Castelló**; declaración que tuvo lugar el día 19/10/16 (cfr. fs. 1147/1152).

A fs. 1241/1242 vta. se halla agregada el acta de la audiencia en la que se tomó testimonio al Arquitecto Fernando Almagro, en su carácter de Asesor de Gabinete en Infraestructura y Planeamiento Urbano de la Municipalidad de Córdoba, de fecha 27/10/16.

A fs. 1283/1289 se incorpora el Informe de la Secretaría de Recursos Hídricos del Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos de la Provincia respecto de la solicitud formulada en audiencia testimonial del día 19/10/16 al Ing. Edgar Castelló. El mismo está firmado por el mencionado ingeniero, quien es el Jefe de Área de Saneamiento Rural - Subsecretaría de Recursos Hídricos, Ing. Carlos Alberto Lenarduzzi; el Jefe de Explotación del Recurso de la Subsecretaría de Recursos Hídricos Alfredo D'Hiriart; el Jefe de Área Estudios y Proyectos de Obras Hídricas y Recursos Hídricos de la Secretaría de Recursos Hídricos Ing. Luís Enrique Toselli, y el Director de Jurisdicción de Obras de la Secretaría de Recursos Hídricos Ing. Juan Pablo Toneatto.

VI.- Medida Cautelar y Otras Actuaciones

1) A fs. 116 obra agregada acta de audiencia de fecha 13/06/16, fijada en los términos del art. 58 del C.P.C.C. en el decreto que admitió la presente acción, a la que comparecieron, por la parte actora, los Sres. Erika Silvana Acuña, Luis Alberto Rocha y Gregorio Farías, por derecho propio y en representación de los demás actores, junto con su letrada patrocinante Dra. María Claudia Brandt; por la Municipalidad de Córdoba, su apoderada Dra. Verónica Barrios; y por la Provincia de Córdoba, la Directora General de Asuntos Judiciales de la Procuración del Tesoro, Dra. Leticia Valeria Aguirre, y los letrados Dres. Eduardo Visconti y José Torno. En dicha audiencia, luego de que las partes expusieran sus respectivas posiciones, se dispuso pasar a un cuarto intermedio para el 16/06/16 a fin de que los técnicos idóneos y funcionarios especializados en representación de las partes acercaran al Tribunal la información necesaria para poder tomar conocimiento más fundado de la cuestión.

A fs. 124/125 se encuentra incorporada acta de la audiencia celebrada en fecha 16/06/16, a la que comparecieron las partes, en la cual el Tribunal dispuso que la Municipalidad de Córdoba indicara cuántos camiones iba a poner a disposición a los efectos de desagotar los pozos negros que sean necesarios en Barrio Villa del Libertador y el tiempo que le iba a demandar realizar el estudio técnico tendiente a determinar la cantidad de electrobombas necesarias para la extracción o reducción del nivel de las napas freáticas, así como su ubicación en función del caudal que arrojará el resultado del estudio. Ordenó a la Provincia que indicara el día en que comenzaría la limpieza del Canal Maestro Sur, tanto en su lecho como en sus márgenes, y el tiempo que ello demandaría, así como la periodicidad con que se realizarían los otros trabajos de limpieza para mantener ese curso en el mismo estado. Mandó a que los actores presentaran una lista de vecinos, fijando la prioridad con la cual la Municipalidad realizaría el desagote de sus respectivos pozos o cámaras de inspección; asimismo, que realizaran la tarea de concientización y vigilancia para que el resto de los vecinos no contribuya a ensuciar nuevamente el cauce mencionado.

A fs. 138/155 la parte actora acompañó un estudio denominado "Efecto del Ascenso del Nivel Freático en suelos loésicos colapsables" elaborado por Víctor Rinaldi, Marcelo Zeballos y Ricardo Rocca (artículo publicado el 28/12/11), y a fs. 162/170 el "Plan de concientización de vecinos para mantener del Canal maestro Sur libre de basura" y "Tareas para atenuar la problemática de estos barrios del sur" efectuado por José María Lucero, ambos en respuesta de lo requerido por el Tribunal en audiencia de fecha 16/06/16.

En cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal en la mencionada audiencia, la Municipalidad de Córdoba acompañó a fs. 171/175, un informe producido por la Dirección de Redes Sanitarias y Gas (de fecha 23/06/16) firmado por el Director de Redes Sanitarias y Gas de la Municipalidad de Córdoba Ing. Daniel Andrés Bardagi, del cual surge el Plan de acción a adoptar por la Municipalidad.

A fs. 176/181 la Provincia presentó un **Informe** producido por la Secretaría de Recursos Hídricos, dependiente del Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos, firmado por el Secretario de Recursos Hídricos, Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos de la provincia, Ing. Edgar Manuel Castelló, **en relación al relevamiento del estado del Canal Maestro Sur** en su zona comprendida entre Av. Circunvalación Sur y Av. Vélez Sarsfield realizado por el Director de Jurisdicción de Obras, Secretaría de Recursos Hídricos Ing. Juan Pablo Toneatto, en respuesta al requerimiento efectuado en audiencia de fecha 16/06/16 por el Tribunal (fs.124/125).

Con fecha **27/06/16** se celebró **otra audiencia (fs. 185 y vta.)** en la que las partes expusieron las acciones que estaban tratando de coordinar para avanzar en la solución del problema que motiva el presente amparo. En la misma se comprometieron a continuar en contacto entre ellas, a estos fines.

A fs. **186/187** la parte actora acompañó prueba documental (copias de medios periodísticos) para acreditar el estado de peligrosidad que representa la situación objeto de esta causa.

En respuesta de lo acordado en audiencia de fecha **27/06/16**, a fs. **191/194**, **la Provincia acompañó copia del “Convenio de colaboración financiera entre Estado Nacional y la Provincia de Córdoba para la ejecución de obras hídricas y de saneamiento de la Provincia de Córdoba”** celebrado el 26/01/16 entre el Ministerio de Interior, Obras Públicas y Vivienda representado por el Sr. Ministro Lic. Rogelio Frigerio, por intermedio de la Secretaría de Obras Públicas representada por el Secretario Arq. Daniel Chain, por una parte, y por la otra la Provincia de Córdoba, representada por el Ministro de Agua, Ambiente y Servicios Públicos, Ministro Fabián López.

Asimismo, acompañó copia del **“Convenio marco de colaboración entre la Provincia de Córdoba y la Municipalidad de la Ciudad de Córdoba para la ejecución de obras para el mejoramiento y ampliación del sistema de desagües pluviales urbanos - Convenio N° 21”** (fs. 195/196), del 30/03/16, firmado por el Secretario de Planeamiento e Infraestructura de la Municipalidad Ing. Omar Gastaldi, el Intendente de la Municipalidad de Córdoba Dr. Ramón Javier Mestre, el Ministro de Agua, Ambiente y Servicios Públicos de la Provincia Fabián López y el Gobernador de la Provincia de Córdoba Cr. Juan Schiaretta.

También acompañó copia del **“Acta acuerdo - Convenio N° 22”** celebrada el 30/03/16 entre la **Provincia y la Municipalidad de Córdoba con idénticos firmantes (fs. 197/198)**, y del **Decreto N°1776 - Convenio de transferencia de desagües cloacales, de fecha 26/06/90 (fs. 199/206)**.

A fs. **217/244** se encuentran agregadas las planillas de los desagotes requeridos por los vecinos, diagramas según la disposición de las calles y planilla de prioridades; las que fueron presentadas por la abogada de los actores.

2)-Habiendo escuchado a las partes en las sucesivas audiencias llevadas a cabo -de las que se dio puntual cuenta precedentemente- y teniendo en cuenta las dificultades y complejidades propias de la materia ambiental que el caso presentaba, **por proveído de fecha 05/07/16 (fs. 246/247 vta.)** se dispuso como **medida cautelar:**

“1. Respecto del vaciado de los pozos negros, la Municipalidad de Córdoba deberá adoptar las medidas necesarias para mantener la funcionalidad operativa de los pozos negros y cámaras sépticas de los vecinos afectados de Barrio Villa Libertador. Inicialmente, la Municipalidad deberá implementar las acciones necesarias para el vaciado y limpieza de, como mínimo, ciento cincuenta (150) pozos negros y/o cámaras sépticas por mes. Ello, conforme al listado que presenten los vecinos afectados, el que deberá contemplar las prioridades que ellos determinen, materializando, de esta manera, el principio de participación útil de los interesados. Las acciones antes señaladas se mantendrán hasta tanto recaiga sentencia definitiva en el sub exámine. En consecuencia, el esquema así previsto deberá llevarse a cabo de manera continuada e ininterrumpida, realizándose el mismo tantas veces como resulte necesario. 2. En lo que respecta a la colocación de las bombas depresoras para bajar el nivel de las napas, la Municipalidad deberá llevar a cabo los estudios necesarios a esos fines dentro de los

cuarenta y cinco días (45) corridos de notificada la presente, debiendo implementar de manera inmediata lo que surja del mismo. **3. La Provincia** deberá realizar las tareas de limpieza y saneamiento del cauce y márgenes de toda la traza del Canal Maestro Sur dentro de los cuarenta y cinco (45) días corridos de notificada la presente, debiendo mantener esas condiciones con posterioridad. **4. Los vecinos** deberán llevar a cabo acciones tendientes a evitar el arrojado de residuos y/o desechos de cualquier naturaleza en el curso y en las márgenes del Canal Maestro Sur, tal como lo requieren los principios de prevención y precaución en materia ambiental. **5. La Provincia, la Municipalidad y los vecinos** colaboraran entre sí a fin de dar cumplimiento a las obligaciones que surgen del presente, debiendo la Municipalidad ejercer su poder de policía en lo que resulte procedente. **6. Las Autoridades Provinciales y Municipales** deberán ejercer todo el poder de control y fiscalización en relación a los aspectos ambientales, sanitario, de seguridad -entre otros- involucrados en la temática tratada en el subexamine, debiendo, en todos los casos, adoptar las medidas que resulten necesarias a esos fines. **7. Dispónese** que los organismos competentes en materia ambiental de cada administración deberán informar, cada quince (15) días corridos del grado de avance de cada una de las acciones dispuestas por el presente resolutorio. **8. La presente medida es provisoria** y podrá sufrir modificaciones atendiendo a las circunstancias imperantes en cada momento. Notifíquese. Librense los oficios correspondientes.”

3)-En ese mismo acto -dado que en la audiencia del día 27/06/16 había estado presente el E.R.Se.P. a través de sus funcionarios- se le requirió a este ente que produjera un informe sobre el estado de la red de agua potable en B° Villa El Libertador; debiendo indicar este organismo si la misma tiene o ha tenido pérdidas o fugas de agua que hayan podido incidir en la problemática de la causa.

A fs. 254/279 la parte actora acompañó nuevamente el listado de los vecinos que requieren el servicio de desagote dado que por un error involuntario en la última presentación habían faltado las primeras siete planillas.

A fs. 280/304 vta. se encuentra incorporada la presentación del E.R.Se.P. firmada por el Gerente de agua y Saneamiento del de dicho organismo, Ing. Jorge Vaz Torres, y por el Dr. Nicolás A. Bergesio, en respuesta a lo solicitado por el Tribunal por decreto de fs. 246/247 vta. Allí expresó, luego de ser informado por el concesionario del servicio Aguas Cordobesas S.A., que técnicamente “...*el volumen de agua vertido por causa de intervenciones por fugas, es sustancialmente menor a otras causas; por lo que no se observa una incidencia determinante de las mismas en la problemática planteada en relación a las napas. Por el contrario, la infraestructura del servicio de agua potable puede verse seriamente afectada si no se resuelven las cuestiones relacionadas con desbordes cloacales y no se realiza un correcto trabajo de depresión de napas...*”.

En razón de surgir de dicho informe la posibilidad de graves derivaciones de la situación existente en la zona de barrio Villa El Libertador, que podrían generar daños a las viviendas e incluso a la red de agua potable, como **medida complementaria a la cautelar dispuesta** en autos, con fecha 07/07/16, se ordenó a las **Administraciones demandadas que adoptaran todas las medidas técnicas y de seguridad necesarias para prevenir y/o evitar dichas consecuencias.**

4)-Con fecha 22/07/16 (fs. 332/333) se llevó a cabo la **inspección ocular** que había sido dispuesta en autos (fs. 320) en la cual se procedió a recorrer la zona, ingresando a Barrio Villa El Libertador por calle Av. de Mayo y recorriendo las calles Villa María, Francisco P. de Mauro, Molinari, Piedra Pintada, caminando hacia los lugares que los vecinos señalaban. Se observó el agua servida corriendo por las calles durante largos tramos, en dirección hacia el Canal Maestro Sur, cuyo margen fue recorrido en un tramo. Se observó avance en su limpieza pero también nueva basura arrojada en sus márgenes y en el propio canal, en donde el agua no corría. Se cruzó el canal hacia Barrio Alejandro Carbó donde se observó una cuadrilla de Epec que estaba proveyendo energía a la bomba allí colocada, según indicó el Ing. Bardagi. También del otro lado del Canal se observó el tablero y el pozo de una bomba de achique, la que se ubica en Barrio Santa Rosa. Asimismo, se vieron numerosas calles con pozos llenos de agua servida. Por otero lado, invitado el Tribunal por algunos vecinos, se ingresó a sus viviendas, observando allí los efectos dañinos que produciría la humedad del suelo. Se escucharon las observaciones que hicieron tanto los técnicos de las demandadas y las partes, e incluso de vecinos que no son actores en el juicio. En todo el recorrido el Tribunal tomó fotografías del lugar, las que se incorporaron luego al expediente, a fin de mostrar la dimensión de la situación (fs. 357/377). Se resaltó

que en toda la zona se percibían olores fétidos, propios de las aguas servidas, y niños jugando en el lugar. Se dejó constancia que al lado del Canal existe una escuela de los tres niveles de enseñanza.

5)-Dado que la inspección ocular practicada reveló la existencia de viviendas con distintos grados de daños, presuntamente producidos por la subida del nivel de las capas freáticas y/o el hundimiento de las cámaras sépticas, por decreto de fecha **25/07/16 (fs. 334) el Tribunal ordenó a las respectivas áreas técnicas competentes de las accionadas** que realizaran, de manera coordinada, en el plazo de 15 días corridos, un **relevamiento general de la zona y particularizado de cada vivienda** en la que se observaren daños, debiendo expedirse sobre su **habitabilidad**.

6)-A **fs. 335/337** se encuentra agregado el **Decreto N° 2.118, de fecha 07/07/16**, firmado por el **Sr. Intendente de la Municipalidad de Córdoba**, Dr. Ramón Javier Mestre, y el Secretario de Planeamiento e Infraestructura de la Municipalidad, Ing. Omar Gastaldi, por el cual **se declaró la emergencia ambiental y sanitaria en la zona de Barrio Villa El Libertador delimitada por las calles Calamuchita -al norte-, Virgen de Fátima al sur-, Francisco de Mauro -al Oeste, y Carmelo de Ibarra -al Este**. En el mismo se estableció, también, que en un plazo máximo de 30 días corridos las áreas Secretaría de Planeamiento e Infraestructura, Secretaría de Servicios Públicos, Secretaría de Salud, Secretaría de Economía y Finanzas, y Secretaría de Gobierno, Participación Ciudadana y Desarrollo Social debían realizar un diagnóstico y estudio técnico a los fines de ponderar la situación y elaborar así un Plan de Mitigación y Acción, con indicación de la afectación de personal, de recursos y los medios materiales pertinentes.

7)-A **fs. 338/344** obra incorporado el **primer informe efectuado por la Municipalidad de Córdoba en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal en la medida cautelar de fecha 05/07/16**. Dicho informe fue realizado por el Director de Higiene Urbana de la Municipalidad Ing. Agr. R. Daniel Vercesi, por el Secretario de Servicios Públicos de la Municipalidad Julio C. Waichman y por el Jefe de Departamento de Prestación de Servicios, Dirección de Higiene Urbana de la Municipalidad, Cr. Jorge Raúl Vargas.

8)-A **fs. 388 y vta.** comparece la apoderada de la Municipalidad de Córdoba e informa los **criterios que motivaron el dictado del Decreto N° 2.118/16**.

9)-Con fecha **04/08/16 (fs. 390 y vta.)** se intimó a la Provincia:

a)-Para que en el plazo improrrogable de 48hs. produjera el informe requerido en la medida cautelar y precisara las tareas de limpieza y saneamiento que su parte hubiera realizado en el Canal Maestro Sur.

b)-Se le ordenó que informara, en el plazo de 5 días corridos, las labores emprendidas a tal fin junto con el Municipio según los principios de subsidiariedad, solidaridad y cooperación dispuestos en el art. 4, incs. "g", "i" y "j", de la Ley N° 10.208.

c)- En el mismo proveído, y para mayor ilustración del Tribunal, se emplazó a la Provincia a producir un informe sobre las tareas realizadas para prevenir y/o remediar el efecto de las descargas de efluentes líquidos a sistemas de agua subterránea de la zona afectada y/o la infiltración a terrenos vinculados al canal; todo ello en el marco de lo dispuesto por las Leyes Provinciales N° 5.859; N° 7.343; arts. 4, incs. "b" y "c" de la Ley N° 10.208; art. 6 del Decreto N° 847/16 y Ley Nacional General del Ambiente N° 25.675.

10)-Advirtiendo el Tribunal que, según noticias periodísticas (La Voz del Interior del 23/07/16), existía un estudio realizado en el año 2.001 sobre la zona involucrada en estos actuados, el cual habría sido encargado por la Municipalidad de Córdoba y realizado por el Dr. Francisco Quintana Salvat, entre otros profesionales, por proveído de fecha **04/08/16 (fs. 392)** se citó al nombrado para que compareciera en calidad de "*amicus curiae*".

11)-Siendo necesario contar, además, con la opinión de otros expertos en la materia, en el mismo decreto se requirió a la Dirección de Servicios Judiciales del Poder Judicial que designara, entre su personal o de otra área a la que pudiere acceder mediante convenios que tenga celebrados, un profesional idóneo en materia ambiental, geológica e hidrológica.

12)-Por Decreto del **05/08/16 (fs. 393)** se ordenó a la Municipalidad de Córdoba a que precise las razones por las cuales la emergencia dictada se circunscribió a la zona indicada en el Decreto N° 2.118/16.

13)-A **fs. 397** comparece el Dr. Francisco Quintana Salvat y acompaña al Tribunal copia de la Carta de Peligrosidad (amenaza) de inundación, erosión y anegamiento para acciones de prevención de la Ciudad de Córdoba que efectuara, en conjunto con los Sres. Osvaldo Luis Barbeito y Rubén Mario del Valle Menso, a pedido de la Municipalidad.

Por decreto de fecha **08/08/16 (fs. 486)** se requirió a la **Provincia de Córdoba** para que acompañara al Tribunal una copia del informe que el Dr. Francisco Quintana Salvat produjo a su pedido, actualizando el anterior hasta el año 2.015.

14)-A **fs. 498** se encuentra incorporado el **primer informe producido por la Provincia** en respuesta a lo ordenado por cautelar; el mismo fue firmado por el Sr. Procurador del Tesoro de la Provincia, el Director de Jurisdicción de Obras-Secretaría de Recursos Hídricos Ing. Juan Pablo Toneatto y el Sr. Secretario de Recursos Hídricos del Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos Ing. Edgar Manuel Castelló.

15)-A **fs. 553/644** se halla agregado el **segundo informe** sobre el grado de avance de las medidas adoptadas, **producido por la Municipalidad de Córdoba** en virtud de lo dispuesto en la medida cautelar del 05/07/16.

16)-A **fs. 647** comparece la abogada de los actores y acompaña relevamiento particularizado de cada vivienda en la que se observan daños en la zona afectada por el amparo. Se reservó CD y pendrive.

17)-A **fs. 649** la Municipalidad comparece y amplía los **motivos** que se contemplaron al momento del dictado del Decreto N° 2118/16.

18)-A **fs. 651 y vta.** la **Provincia** solicitó prórroga para producir el informe requerido por proveído de fecha 04/08/16; asimismo acompañó para reservar en Secretaría copia de la "*Carta de Peligrosidad (amenaza) de inundación, erosión y anegamiento para las acciones de prevención - Ciudad de Córdoba R.A. -Actualización 2.015*" confeccionada por Francisco Quintana Salvat, Osvaldo Luis Barbeito y Rubén Mario Menso.

19)-A **fs. 653/660 la Municipalidad**, en cumplimiento del emplazamiento de fecha 25/07/16, **acompañó el informe producido por la Secretaría de Planeamiento e Infraestructura de fecha 09/08/16** firmado por el Subsecretario de Infraestructura Ing. Matías A. Salum, el Subsecretario de Ambiente Ing. Sebastián Roca, la Subsecretaria de Planeamiento Arq. Leticia Gómez, y el Secretario de Planeamiento e Infraestructura Ing. Omar A. Gastaldi.

20)-A **fs. 664/665** la Dirección de Servicios Judiciales del Poder Judicial de la Provincia, en respuesta del requerimiento efectuado, propuso a la Profesora Dra. Ing. Civil Teresa María Reyna como profesional interviniente.

21)-Por decreto de fecha **18/08/16 (fs. 667 y vta.)** el Tribunal consideró que el informe producido por la Municipalidad (**fs. 653/660**) no cumplía con el propósito perseguido por el Tribunal al dictar el proveído de fecha 25/07/16, por lo que **requirió precisiones pertinentes acerca de lo que debía entenderse por "habitabilidad"** en los siguientes términos: "*La determinación de la habitabilidad o inhabilitación de las viviendas consiste en establecer si existen algunas en las cuales sus moradores corran peligro "cierto", ya sea de sufrir derrumbes, desmoronamientos de pozos, colapso de suelos, etc. o de contraer enfermedades infecciosas, alérgicas, etc. Lo enumerado es simplemente enunciativo y todo ello con independencia de si la vivienda tiene o no plano aprobado, pozo aprobado, etc. o cualquier otro requisito en regla. Es que lo que se busca es establecer si hay un peligro concreto para la vida o salud de las personas que habitan las viviendas, para así poderlo enjugar inmediatamente, antes de que ocurra una lesión o una tragedia.*"

A su vez, se requirió que las accionadas cumplimenten la orden del Tribunal de fecha 25/07/16.

22)-Con fecha **19/08/16 (fs. 670/758)** la **Provincia** acompañó el **informe** arrojado por el **relevamiento de las viviendas** que solicitara el Tribunal por proveído de fecha 25/07/16.

23)-A fs. 762/775 **vta.** la **Municipalidad** acompaña el estudio requerido en el punto 2 de la medida cautelar del 05/07/16 denominado **“Informe Preliminar - Definición de la Problemática de la Capa Freática en B° Villa El Libertador y Propuesta de Solución”** realizado por el Geólogo Héctor E. Frontera.

24)-A fs. 784/785 comparece la apoderada de la **Municipalidad** y contesta el Decreto del 18/08/16; también impugna la designación de la Ing. Reyna por ser pariente de segundo grado del Dr. Pablo Reyna, Procurador del Tesoro.

Por Decreto de fecha **26/08/16 (fs. 786 y vta.)** se dejó sin efecto el decreto de fecha 24/08/16 respecto a la designación de la Dra. Ing. Teresa Reyna como Asesora Técnica del Tribunal, y se libró nuevamente oficio a la Dirección de Servicios Judiciales para que requiera a la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de la U.N.C para que proponga tres posibles profesionales idóneos en la misma materia que la nombrada.

A fs. 797 obra un e-mail del Ing. Civil Juan José Clariá, del que surge que la tarea que el Tribunal precisa debe ser realizada por un equipo de profesionales especialistas en diferentes materias.

25)-A fs. 795 comparece la abogada de los actores y solicita que se emplace a la demandada para que cumplimente con la realización de los desagotes requeridos por la Comisión Explica que a partir del 25/07/16 la cantidad de desagotes pedidos por ésta (al 30/08) ha sido de 1.964; de los cuales se han mandado a realizar 1.438 y efectivamente se han realizado sólo 931.

26)-A fs. 800/818 los actores acompañan informe de trabajos de concientización en colegios y reciclado que fueron organizados por los vecinos del barrio.

27)-A fs. 823/884 se encuentra incorporado **informe técnico complementario producido por la Municipalidad de Córdoba en cumplimiento de lo requerido por decreto de fecha 18/08/16 con relación a la habitabilidad de las viviendas.** El mismo fue firmado por el Secretario de Planeamiento e Infraestructura de la Municipalidad Ing. Omar Gastaldi, el Subsecretario de Infraestructura Ing. Matías A. Salum, el Subsecretario de Ambiente Ing. Sebastián Roca, y la Subsecretaria de Planeamiento Arq. Leticia Gómez.

28)-Por decreto de fecha **09/09/16 (fs. 885 y vta.)** el Tribunal volvió a precisar los alcances del término **“habitabilidad”** a los fines de los informes que se debían presentar. De tal modo, se emplazó a las demandadas a producir un informe ampliatorio en el que identificaran e individualizaran los inmuebles que debían ser intervenidos para evitar la posibilidad de inminente y grave lesión a la salud o vida de sus habitantes. Allí se expresó que dado el valor que tienen la vida y la salud (derechos humanos fundamentales primarios, sin los cuales los otros no tienen operatividad) la referida intervención debía ser cumplida, de ser necesario, por cualquiera de las demandadas con independencia de las competencias que cada una de ellas pueda llegar a invocar.

29)-Con fecha **13/09/16** tuvo lugar una audiencia en la que el Tribunal hizo conocer a los representantes legales de las partes las dificultades que se habían presentado para la designación de profesionales especialistas en las distintas disciplinas que requiere el análisis de la cuestión ambiental de que se trata. Consecuentemente, les solicitó evaluar la posibilidad de convalidar a los que el Tribunal designara para su asesoramiento, cuyos nombres les serían comunicados.

30)-Por Decreto de fecha **22/09/16 (fs. 1068 y vta.)** se dejó sin efecto la **“revocatoria”** de la designación de la **Dra. Ing. Civil Teresa Reyna** y se llamó a integrar el **equipo técnico** que asesoraría al Tribunal en la presente causa: a la nombrada y al **Dr. Ing. Civil Juan José Clariá**, en conjunto con el designado **amicus curiae Dr. Francisco Quintana Salvat.**

31)-Finalmente, a fs. 1280, comparecieron la Dra. Ingeniera Teresa Reyna y el Ingeniero civil Víctor Alejandro Rinaldi, designados por la Dirección de Servicios Judiciales para formar parte el equipo de trabajo, los que fueron tenidos como Asesores Técnicos del Tribunal a fs. 1281.

32)-A fs. 1081 la actora acompañó ampliación del relevamiento de viviendas afectadas por la problemática.

33)-A fs. **1087/1120**, en cumplimiento de lo ordenado por decreto de fecha 09/09/16 respecto del **informe de habitabilidad** de las viviendas relevadas en el Barrio, la **Municipalidad de Córdoba** adjuntó informes de la Subsecretaría de Emergencia Urbana, firmado por el Subsecretario Hugo Garrido y por la Lic. Mariana Vega de la Dirección General de Defensa Civil y Emergencias. En esa oportunidad dio cuenta de **tres viviendas con serios riesgos** para sus moradores y manifestó que había dado cumplimiento al protocolo de actuación que mantiene con la Dirección de Emergencia del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia.

34)-Por Decreto de fecha **12/10/16** se emplazó a la Provincia para que informara qué acciones había realizado respecto de las viviendas individualizadas por la Municipalidad a fs. 1088/1119.

35)-A fs. **1136/1143** la Provincia acompañó informe producido por la Secretaría de Ambiente y Cambio Climático respecto de las acciones realizadas en B° Villa El Libertador y zona de influencia de septiembre de 2.016, firmado por el Secretario de Ambiente y Cambio Climático -Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos- Sr. Javier Britch.

36)-A fs. **1153/1218**, en cumplimiento de lo requerido mediante Decreto del 09/09/16 respecto al informe de habitabilidad de las viviendas relevadas en el barrio, la Municipalidad adjuntó dos informes complementarios del presentado por su parte el 11/10/16 por la Subsecretaría de Emergencia Urbana; asimismo acompañó informe de la Subsecretaría de Salud del 07/10/16 firmado por el Subsecretario de Emergencia Urbana Sr. Hugo Garrido, la Lic. Mariana Vega de la Dirección General de Defensa Civil y Emergencia, y el Director General de Programas de Salud - Secretaría de Salud, Dr. Lisandro C. Utz, respectivamente.

37)-Por Decreto de fecha **21/10/16 (fs. 1220)** se libró oficio al E.R.Se.P. para que informara sobre el consumo de agua que tienen los vecinos de barrio Villa el Libertador y zonas aledañas, indicando especialmente si éste es igual, inferior o superior a la media del consumo del resto de la ciudad de Córdoba y, si no lo fuera, cuantificara la diferencia; asimismo se solicitó que informara si en la zona funcionan medidores de consumo de agua y, de no serlo, explicara las razones&

38)- A fs. **1221** la parte actora informó la falta de cumplimiento por parte del Municipio de la Ciudad de Córdoba en lo que refiere a la puesta a disposición de camiones atmosféricos para desagote de pozos negros y cámaras sépticas y solicitó que se la emplace a dar el debido cumplimiento. Asimismo, pidió que se inste al municipio a restituir el servicio de ocho contenedores que se habían contratado a los fines de arrojar residuos. De dicha presentación se corrió vista a la Municipalidad.

39)-A fs. **1226/1231** obra incorporado informe del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia firmado por el Director de Jurisdicción Planificación de Emergencias Sociales y Fenómenos Naturales - Ministerio de Desarrollo Social- Sr. Rodrigo Fernández sobre la situación de las tres viviendas con serios problemas de que diera cuenta la Municipalidad a fs. 1089/1094.

40)-Por decreto de fecha **24/10/16 (fs. 1232)** se emplazó a la Municipalidad de Córdoba para que informara sobre las acciones que había llevado a cabo respecto de las viviendas detalladas a partir de fs. 1173, en las que se había constatado peligro.

41)-A fs. **1243/1278** se encuentra agregado el tercer informe producido por la Municipalidad de Córdoba en cumplimiento de lo dispuesto en la medida cautelar de fecha 05/07/16, el que consta, a su vez, de varios informes firmados por el Director de Higiene Urbana de la Municipalidad Ing. Agr. R. Daniel Vercesi, el Jefe de Sección Registro de Conducir- Departamento Obras y Servicios Públicos C.P.C. Zona N° 5- V. Libertador Ing. Héctor F. Leones, el Subdirector C.P.C. V. el Libertador Residencial Sud Sr. Abel Julio Paez, el Subsecretario de Ambiente Ing. Sebastián Roca, el Director General de Programas de Salud -Secretaría de Salud Dr. Lisandro C. Utz, el Director del C.P.C. V. el Libertador Residencial Sud Sr. Gustavo Adrián Rigoni, el Subsecretario de Higiene Urbana Lic. Francisco A. Guzmán, y el Secretario de Servicios Públicos Dr. Julio Cesar Waisman.

42)-A fs. **1291/1301** está el informe requerido al **E.R.Se.P.**, con fecha 24/10/16, sobre el consumo de agua y su cuantificación en Villa El Libertador.

43)-A fs. **1302/1309** la Municipalidad informa que respecto de las viviendas relevadas en calles Gobernación N° 546, Villa María N° 5428 y Molinari N° 5469 se cumplió también con el protocolo de

actuación que se mantiene con la Dirección de Emergencia del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia.

44)-Dado que **de la declaración testimonial rendida el día 19/10/16 por el Sr. Secretario de Recursos Hídricos de la Provincia de Córdoba Ing. Edgar Manuel Castelló (fs. 1147/1152)** surgió que en el proyecto de obras cloacales para la ciudad de Córdoba, encarado de manera conjunta entre la Provincia y la Municipalidad, no estaba contemplado el nexo que una la red troncal con la zona de Villa El Libertador, el Tribunal resolvió oficiar a la Secretaría de Servicios Públicos de la Provincia para que informara circunstanciadamente sobre la factibilidad técnica y jurídica de modificar tal proyecto para incluir, y de manera prioritaria, su ejecución.&

45)-A **fs. 1312** se incorpora el informe de la Secretaría de Servicios Públicos- Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos de la Provincia, firmado por su Secretario Ing. Alberto Bresciano, en contestación del oficio de fecha 25/10/16.

46)-Por decreto del **08/11/16 (fs. 1313)** se emplazó a la Provincia de Córdoba para que informe qué acciones había realizado respecto de las viviendas individualizadas anteriormente por la Municipalidad.

47)-Por decreto de fecha **08/11/16** se intimó al Secretario de Servicios Públicos de la Provincia y a sus pares en la Municipalidad de esta ciudad que dieran precisiones sobre los informes requeridos por el Tribunal sobre la factibilidad técnica y legal de incluir a Villa el Libertador al P.I.C. (Plan Integral de Cloacas **(fs. 1314)**).

48)-A **fs. 1320/1338** se hallan **Informes** de la Dirección de Redes Sanitarias y Gas y de la Secretaria de Servicios Públicos de la Municipalidad **sobre la factibilidad técnica y jurídica de contemplar la ejecución de un nexo de la red troncal en la zona Villa El Libertador**, ambos en cumplimiento de lo requerido por decreto de fecha 08/11/16.

49)-A **fs. 1340/1344** la **Provincia** acompañó Informe de la Secretaría de Transporte del Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos, firmado por el Ing. Alberto Bresciano. Allí se dijo que incorporar a Villa El Libertador y zona aledaña de manera prioritaria en el plan de obras licitado podía ser factible, pero condicionado a la ejecución de una colectora principal para que transporte los líquidos cloacales al colector Sur de la obra licitada, debiéndose además construir la red de colectoras domiciliarias. Aclaró en dicha oportunidad que tales obras no son de competencia de esa Secretaría. Del citado informe se corrió vista a la codemandada Municipalidad de Córdoba (cfr. fs. 1346).

50)-Por decreto de **fs. 1345** se reiteró el emplazamiento dispuesto por decreto de fecha 08/11/16 a la Provincia de Córdoba para que informara qué acciones había realizado respecto de las viviendas individualizadas a fs.

1306/1308 por la Municipalidad de Córdoba.

51)-A **fs. 1349/1357** la Provincia acompañó Informe del Ministerio de Desarrollo Social respecto de las acciones realizadas en tales viviendas, el que fue firmado por el Director de Jurisdicción-Planificación de Emergencias Sociales y Fenómenos Naturales - Ministerio de Desarrollo Social Rodrigo Fernández y por el Arquitecto Rodrigo Antona.

Por proveído de fecha 2/12/16 (**fs. 1358**) se hizo saber a la Provincia que debería **presentar un informe mensual** indicando cuáles son las **acciones concretas y particulares que va realizando sobre las viviendas en peligro**.

52)-Obra a **fs. 1362/1372** la contestación de la vista en relación al informe presentado por la Provincia a fs. 1340/1344. La **Municipalidad** adjunta el **Informe** firmado por el Director de Redes Sanitarias y Gas - Departamento de Estudios y Proyectos de la Municipalidad de Córdoba, Ing. Daniel Andrés Bardagi. En este informe se expresa textualmente:

“En relación al informe presentado por el Secretario de Servicios Públicos de fecha 18 de Noviembre de 2016, esta Dirección ratifica lo expresado en nota de fecha 15 de Noviembre de 2016, en lo que atañe a que desde el punto de vista Técnico, no existen impedimentos para ejecutar el nexo cloacal de un Ø 700/800mm, denominado en el Plan Integral de Cloacas (PIC) como colector Sur 1 que tiene origen en el Barrio Villa El Libertador y que

conectará una vez ejecutado, al colector Sur 2 que tiene su traza por Av. Cruz Roja Argentina, también es de hacer notar que este Municipio tomó conocimiento de que el colector Sur 1 no fue contemplado, en el momento en que la provincia llamó a licitación para la ejecución de los demás colectores, porque no se tuvo participación en la confección de los pliegos.”

“Respecto a lo expresado en el punto 2 de la mencionada nota, cabe aclarar que la zona en cuestión es también parte del PIC pero con la ejecución del colector Sur 1, ya que la conducción de los líquidos de ese sector a una nueva planta depuradora, es una **posibilidad futura** que no corresponde al PIC (proyecto realizado en el año 2006) y que se encontraría actualmente en estudio para mejorar el sistema general, una vez que se logre el desarrollo integral de redes colectoras más allá del arco de la Circunvalación, contemplando Barrios actuales consolidados y superficies baldías a lotear.”

“Considerando el monto aproximado para la ejecución del colector Sur 1 (\$127.000.000), que representa alrededor de un 3,88% del monto de obra contratado (\$ 3.272.027,32), sería viable su inclusión como modificación o ampliación de dicha obra”.

53)-A **fs. 1375** la parte actora solicitó que se intimara al Municipio a cumplir con la obligación de proveer camiones atmosféricos en un número suficiente a los fines de satisfacer los requerimientos de desagotes que reciba, y para que ponga en funcionamiento las bombas existentes, ya que sólo una está trabajando.

De este pedido el Tribunal corrió vista a la Municipalidad de Córdoba por proveído de fecha **12/12/16 (fs. 1376)**, la que fue evacuada con fecha **14/12/16 (fs. 1379)**. A su vez de lo manifestado por esta demandada se corrió vista a la actora.

54)- A **fs. 1381/1388** la Municipalidad de Córdoba acompañó copia certificada de la “*Memoria Descriptiva*” de la obra red de desagües cloacales domiciliarios de Barrio Villa El Libertador que fuera presentado por las autoridades del Municipio ante la Secretaría de Vivienda y Hábitat del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda de la Nación. También adjuntó copia de una nota remitida por la Sra. Subsecretaria de Hábitat y Desarrollo Humano de la Nación, de fecha 22/12/16, donde expresa que el proyecto de intervención se encuentra en evaluación por parte de las Direcciones.

55)-Obra glosado a **fs. 1390/1394** un informe acompañado por la Provincia de Córdoba titulado “*Acciones realizadas en el marco del amparo*”, de fecha **28/12/16**, firmado por el Secretario de Ambiente y Cambio Climático del Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos Dr. Javier Britch.

56)-Por **proveído de fecha 07/03/17**, atento los acontecimientos que fueron de público conocimiento durante esos días (caída de una niña en una abertura de la tierra en donde jugaba), el Tribunal llamó a audiencia a las partes, citando también al Equipo Técnico que lo asesora, para el día siguiente.

57)-La **audiencia** tuvo lugar el día **09/03/17 (fs. 1403/1404)**. A continuación se transcribe la misma en su totalidad. “*En presencia del Sr. Presidente de esta Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación Dr. Leonardo F. Massimino y de los Sres. Vocales Dres. Gabriela A. Cáceres y Ángel Antonio Gutiez, comparecen a los fines de la audiencia fijada los Sres. Erika Silvana Acuña, Luis Alberto Rocha, Alberto Emmanuel Acosta, por derecho propio y en representación de los demás actores y la letrada patrocinante de los accionantes Dra. María Claudia Brandt. Por la Municipalidad de*

Córdoba lo hacen su apoderada Dra. Verónica Barrios y el Dr. Martín Cortés Olmedo, Director de Asuntos Judiciales. Por la Provincia de Córdoba, comparecen su apoderada Dra. Leticia Valeria Aguirre y el Dr. Eduardo Visconti, junto al Ingeniero Edgar Castelló, Secretario de Recursos Hídricos, dependiente del Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos, el Secretario de Ambiente y Cambio Climático Dr. Javier Britch, el Secretario de Vivienda, Ing. Isaac Rahmane, el Dr. Mario Miranda por el Ministerio de Desarrollo Social, el Arq. Rodrigo Antona de la Dirección de Emergencia Social y el Director de Asuntos Legales del Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Público Dr. José Ignacio Torno. Abierto el acto por el Tribunal éste les hace conocer a las partes su impresión sobre el desarrollo que viene teniendo el cumplimiento de la medida cautelar oportunamente dispuesta, así como del resto de las acciones hasta aquí ordenadas. Se les hace saber que prima facie aparecería como insuficiente lo hasta aquí realizado para garantizar especialmente la seguridad de los vecinos afectados. Las partes exponen sus respectivas posiciones indicando lo que cada una de ellas ha realizado. Atento los acontecimientos de público y notorio y el peligro que ello supone ordénase a ambas administraciones que en

*el plazo de diez días hábiles produzcan un informe sobre las situaciones que pudiesen entrañar un peligro inminente (hundimientos, socavones, etc.) en la zona de B° Villa El Libertador y alrededores, y adopten las medidas de seguridad necesarias para su solución. Dado todo lo expresado y para lograr un más eficiente control y ejecución de las acciones necesarias para satisfacer los propósitos antes enumerados se exhorta a ambas administraciones demandadas a que procuren la **formación de un grupo de profesionales y/o funcionarios** de ambas para que **de manera pronta y eficaz den respuesta adecuada a las distintas vicisitudes que se producen en el marco de la situación que ha motivado la presente acción de amparo**. El Tribunal considera que tal grupo o unidad ejecutora debe **también estar integrado por un/os representante/s de los vecinos a fin de facilitar la individualización de cada problema y su comunicación**. Se deja expresa constancia que la exhortación que se formula para el funcionamiento del cuerpo propuesto no significa disminuir o desconocer las competencias que corresponden a cada una de las partes y/o jurisdicciones según la normativa vigente y la medida cautelar y demás acciones dispuestas en autos”* (textual).

58) A fs. 1409 la actora acompañó fotografías que reflejan la situación de la zona al día 04/03/17.

59) A fs. 1410/1529 la Municipalidad de Córdoba adjuntó informe producido por la Subsecretaría de Emergencia Urbana con fecha 08/03/17, en referencia al suceso de la caída de la niña por el hundimiento del pozo de su vivienda, ubicada en Sobremonte N° 5.717. De este surge que la demandada tomó conocimiento del hecho por los medios de prensa, pues no había ingresado ninguna llamada a sus líneas de emergencia. Se detalla que se comisionó al equipo de intervención en crisis, compuesto por personal operativo idóneo en este tipo de incidentes y con una profesional psicóloga, y se realizó la constatación de la situación de derrumbe y colapso de pozo, estando presente el Subdirector de C.P.C. de Villa El Libertador y el encargado de servicios Sr. Lucero. Se señala que se procedió a notificar el suceso a la Dirección de Emergencias Sociales del Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia para que tomara intervención y comisionara a un profesional arquitecto a fin de evaluar técnicamente la situación y procediera con la ayuda económica en caso de corresponder. La Municipalidad adjuntó también, en dicha oportunidad, informe sobre viviendas relevadas en calles Gobernación N° 438 y Araní N° 5.267, manifestando que se cumplió con el protocolo de actuación que mantiene con la Dirección de Emergencia del Ministerio provincial referido.

60)-Con fecha 10/03/17 (fs. 1533/1533 vta.) tuvo lugar la audiencia de los miembros del Tribunal con el equipo técnico que lo asesora. En dicha oportunidad los técnicos acompañaron un informe preliminar conforme lo que se discutió en reuniones anteriores, el que se glosa al expediente (fs. 1534/1564). Discutido el mismo en esta audiencia, los técnicos señalaron que se imponía como imprescindible, para dar un diagnóstico, pronóstico y sugerencias con fundamentos suficientes y precisos, “...realizar las siguientes acciones, a corto plazo, para luego evaluar la implementación de medidas graduales en la zona, de tal forma de poder independizar las variables de mayor relevancia y así valorar su incidencia a medida que se avanza hacia soluciones de mayor complejidad.

Medidas inmediatas y a corto plazo:

1.-Realizar un estudio de perforación geotécnica con extracción de muestras cada metro (hasta 25 metros de profundidad) a fin de determinar las propiedades del suelo de fundación y poder proyectar las perforaciones con bombeo. Las especificaciones para este estudio serán brindadas por este cuerpo de consultores.

2.-En la misma perforación exploratoria se deberá realizar un ensayo de bombeo a modo de prueba para verificar la eficiencia de la misma y poder calibrar los parámetros necesarios para proyectar la posibilidad de realizar pozos de bombeo para abordar la situación en un corto plazo.

3.-Elaboración de modelos simplificados de cálculo, que permitan reproducir la situación original y plantear el efecto de posibles soluciones.

4.-Realizar análisis físico-químicos de muestras de agua tomadas de perforaciones a distinta profundidad y en el canal maestro sur de forma sostenida en el tiempo.”

En función de lo expresado, los técnicos se comprometieron a brindar al Tribunal las precisiones necesarias para la realización de lo antes expuesto en el término de diez días.

61) A fs. 1573/1700 vta. la Provincia y la Municipalidad informan que, tal cual fuera ordenado por el Tribunal en la audiencia del 09/03/17, se conformó un equipo de trabajo (en adelante: “Comi-

sión Ad Hoc”) integrado por funcionarios de ambas administraciones y representantes de los vecinos. Que ya se habían realizado cuatro reuniones -de las que se labraron actas que acompañan- y que la primera medida tomada fue efectuar un relevamiento de los domicilios de la zona afectada, con el propósito de determinar eventuales situaciones de riesgo del territorio afectado y poder elaborar un mapa de riesgo. También se dispuso habilitar una oficina en el C.P.C. de Villa El Libertador para que los funcionarios de Defensa Civil de ambas administraciones puedan coordinar las tareas de los grupos de trabajo. La “Comisión Ad Hoc” acordó que luego del relevamiento apuntado, como paso siguiente, procederá a definir el plan de educación ambiental para capacitar a los vecinos.

Surge del Acta N° 2 que la “Comisión Ad Hoc” quedó conformada de la siguiente manera:

-En representación de los vecinos del Barrio Villa el Libertador: Sr. Luis Alberto Rocha, en su carácter de vecino y amparista.

-Por parte de la Provincia: Dr. Javier Britch, Secretario de Ambiente y Cambio Climático; Dr. José Ignacio Torno, Director General de Asuntos Legales; Ing. Juan Pablo Toneatto, Director de Jurisdicción de Obras de la Secretaría de Recursos Hídricos; Ing. Juan Vallejos, Director General de Operaciones de la Secretaría de Servicios Públicos, todos pertenecientes al Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos; Arq. Luis Arrigo, Director de Emergencia Social; Sr. Sergio Baigorria, Jefe de Operaciones de la Dirección de Defensa Civil; Ing. Isaac. Rahmane, Secretario de Vivienda del Ministerio de Vivienda, Arquitectura y Obras Viales; Dr. Álvaro Ignacio Allende, Director General de Asuntos Legales de ese Ministerio; José Maioco, Director de Obras de la Secretaría de Arquitectura; Arq. Rodrigo Antona, miembro de la dirección General de Emergencia Social; Mario Miranda, Director General de Asuntos Legales del Ministerio de Desarrollo Social y Oscar Maldonado, miembro de la Dirección de Vivienda.

-En representación de la Municipalidad de Córdoba: Sr. Hugo Garrido, Subsecretario de Emergencia Urbana; Dr. Martín Cortés Olmedo, Director de Asuntos Judiciales; Sr. Omar Gastaldi, Secretario de Planeamiento e Infraestructura; Sr. Martín Calzón López, Director General de Defensa Civil, Capacitación y Emergencia Urbana; Sra. Fanny Esther Simbrón, Directora General de Coordinación de Centros de Participación Comunal; Sr. Gustavo Adrián Rigoni, Director del Centro de Participación Comunal del Barrio; Ing. Daniel Bardagi, Director de Redes Sanitarias y Gas; Sr. Luis Roberto Fagandini, Director de Guardia Auxilios, Emergencias y Gestión de Comando de Operaciones; Dra. Daniela Marcela Sacchi, Directora de Emergencia Social; Dra. Verónica Barrios, integrante de la Asesoría Letrada de la Municipalidad y el Sr. Sebastián Roca, Subsecretario de Ambiente del Municipio.

En la misma acta N° 2 se propuso como Coordinador del Grupo de Trabajo en representación de la Provincia, al Sr. Javier Britch (titular) y Sergio Baigorria (suplente); en representación del Municipio, al Sr. Hugo Garrido (titular) y Sebastián Roca (suplente).

En dicha oportunidad se agregó documentación técnica de relevamiento de las viviendas sitas en calles Molinari N° 5.469; Gobernación N° 438; Araní N° 5.267 y Sobremonte N° 5.717, entre otras; Informe elaborado por la Jefatura de Área Operaciones de la Dirección de Defensa Civil del Ministerio de Seguridad; Informe elaborado por la Dirección General de Emergencias Sociales del Ministerio de Desarrollo Social y Nota elaborada y suscripta por el Dr. Britch e informe adjunto de reforestación.

62)-A fs. 1701/1996 la Municipalidad amplió la presentación referida supra y acompañó Informe de Intervención en B° Villa El Libertador e Informe de Estado de Avance -Elaboración de Mapa de Riesgo-, producido por la Subsecretaría de Emergencia Urbana; listado de desagotes de cámaras sépticas y relevamiento de viviendas afectadas y nota de elevación al Sr. Director General de Asuntos Legales del Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos Dr. José Torno.

63)-Atento que de los informes acompañados se desprendía la existencia de viviendas cuyo estado podía suponer un grave riesgo para sus habitantes, por proveído de fecha 03/04/17 (fs. 1997) se hizo saber a las administraciones demandadas que deberían mantener mensualmente informado al Tribunal sobre las acciones concretas y particulares que realizarían sobre las mismas. Se requirió, también, a las partes que expresaran, en el término de cinco días, si el “Mapa de Riesgo” que se mencionaba (a fs. 1708/1711) contenía la información atinente a los posibles desmoronamientos de pozos y/o cámaras de inspección en la zona que abarca la presente acción.

64)-Con fecha 07/04/17 (fs. 2000/2007) el equipo técnico del Tribunal, Dres. Ing. Teresa Reyna y Víctor Rinaldi, y Dr. Geólogo Francisco Quintana Salvat, presentó el informe requerido.

En el mismo se indicó que debían hacerse: "...estudios básicos para la ejecución de los estudios geotécnicos necesarios para realizar una acabada caracterización del perfil de suelos en el área de estudio necesario para el desarrollo de los distintos proyectos de remediación del sitio, atendiendo a los problemas suscitados y descritos en informe pericial de diciembre de 2.017 [sic]. Adicional a este estudio se requiere la ejecución de un ensayo de bombeo a los fines de determinar las posibilidades de realizar la depresión de la napa freática mediante bombas y en tal caso determinar las variables de diseño para este caso particular" (textual, cfr. fs. 2.001 de autos). En dicho informe se detallaron pormenorizadamente los requisitos técnicos que debían ser cumplidos para la concreción de tales tareas.

65)-Que dada la situación ambiental que presentaba la zona de Villa El Libertador, que es objeto de la presente acción de amparo, según las constancias incorporadas a la causa, el Tribunal entendió que resultaba imprescindible la realización de los estudios indicados para avanzar de manera fundada hacia las soluciones que exige el bienestar de la población que allí vive. Que en tal dirección, en el marco de sus competencias y en función de los **principios de congruencia, prevención, precautorio, progresividad, subsidiariedad y solidaridad**, contenidos en el art. 4 de la Ley Nacional General del Ambiente N° 25.675, la que ha sido reafirmada por la Ley Provincial N° 10.208, el Tribunal decidió que correspondía que las accionadas Provincia de Córdoba y Municipalidad de Córdoba realizaran a su costa, de manera directa o por terceros, los estudios precedentemente indicados, debiendo cada una de las partes designar un perito o veedor contratador para que, juntamente con el que designara el Tribunal, controlaran dichas labores. Las muestras que se obtendrían de dichos estudios, con la debida cadena de custodia, se remitirían para su análisis al/a los laboratorios oficiales que oportunamente el Tribunal designaría el Tribunal; a costa -reitero- de las mismas demandadas. Para la realización de la extracción de las muestras se fijó el plazo de treinta días hábiles administrativos.

66)-En respuesta a lo ordenado por el Tribunal con fecha 03/04/17, los apoderados de **las demandadas presentaron, a fs. 2011/2174, un informe producido por los coordinadores de la "Comisión Ad Hoc"**, Sr. Sergio Baigorria e Ing. Sebastián Roca, y adjuntaron tres mapas: relevamiento de viviendas efectuado por Dirección General de Defensa Civil y Emergencia Urbana y un relevamiento técnico, y su correspondiente informe social, de las viviendas relevadas por la Dirección General de Emergencias.

67)-La apoderada de los amparistas denunció con fecha 17/05/17 (fs. 2179) que los desagotes resultaban insuficientes y que las bombas no funcionaban o lo hacían de manera discontinua; en dicha oportunidad acompañó nómina de pedidos de desagotes realizada por los vecinos a fin de que fuera contrastada con el informe oficial dado por el Municipio, la que fue reservada. Como consecuencia de esta presentación, **el Tribunal llamó a audiencia a los coordinadores de la Comisión Ad Hoc para el día 19/05/17.**

68)-A fs. 2218 la apoderada de la Municipalidad acompañó informe producido por la Dirección de Higiene Urbana del que surge que el total de desagotes realizado hasta la primera quincena de mayo de 2.017 fue de 5.488. En dicha oportunidad manifestó que **los funcionarios de ambas administraciones evaluaron el informe presentado por los peritos y amicus curiae, resolviendo de común acuerdo que la persona idónea para realizar los estudios y tareas encomendadas era el Profesor Geólogo Héctor Frontera, a quien ya se le había solicitado que confeccionara el presupuesto por su labor profesional como así también el tiempo que estimaba para su cumplimiento; habiendo solicitado el nombrado un plazo de 15 días para ello.**

69)-A fs. 2228 la Municipalidad acompañó **un informe producido por el Subsecretario de Ambiente de fecha 17/05/17** del que surge que "...en caso de existir diferencia entre lo solicitado por los vecinos y lo registrado por el C.P.C. N° 6 Va. El Libertador, la misma obedece a la existencia de listados paralelos en poder de los vecinos, los cuales no son puestos en conocimiento a la autoridad competente"; informe que el Tribunal tuvo presente.

70)-A fs. 2232/2232 vta. obra el acta de la audiencia de fecha 19/05/17, en la que el Tribunal reiteró a las partes la necesidad de coordinación para que se den soluciones a la problemática, que, aunque parciales, sean inmediatas, particularmente en lo que hace al desagote de las cámaras y/o pozos

sépticos. Asimismo se les recordó las responsabilidades que poseían en el caso según lo indicado en las anteriores intervenciones. En ese estado el Tribunal dispuso que *“la Comisión ad hoc, conformada por los representantes de las Administraciones y de los amparistas, deberá reunirse, por lo menos una vez por semana, para coordinar las acciones necesarias a los fines expuestos, debiendo dejar constancia de lo tratado y lo resuelto en cada reunión; copia de lo cual deberá ser entregada, con la misma periodicidad, al Tribunal por cualquiera de las partes”*.

71)-A fs. **2135/2284** la apoderada de la Municipalidad, en cumplimiento de lo dispuesto en la audiencia precedente, acompañó copia del acta confeccionada por la *“Comisión Ad Hoc”* en virtud de la reunión efectuada el 26/05/17. Así mismo adjuntó informe preliminar de mapa de riesgo, relevamiento de inmuebles de la zona afectada y listado de desagotes.

72)-Con fecha **31/05/17 (fs. 2286)** el Tribunal emplazó a las demandadas para que le informaran el grado de avance de las tareas encomendadas a partir del informe confeccionado por el equipo técnico del Tribunal, y, a su vez, solicitó al dicho equipo que propusiera el laboratorio oficial más idóneo para la realización del análisis de las muestras obtenidas en los estudios efectuados.

73)-A fs. **2294** las demandadas solicitan prórroga para cumplimentar lo requerido precedentemente, la que es acordada por el término de 20 días.

74)-A fs. **2295/2312** la Provincia acompaña el **Acta Acuerdo** firmada con la Municipalidad de Córdoba con fecha 19/05/17, que tiene como objeto **la realización de las obras necesarias para ejecutar el Nexo Cloacal en Barrio Villa El Libertador**, la Memoria Descriptiva, cómputo y planimetría referente a las obras necesarias para llevarlo a cabo.

75)-A fs. **2314** el equipo técnico del Tribunal recomendó que los ensayos solicitados para los **estudios geotécnicos** fueran realizados en el **Laboratorio de Geotecnia de la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales de la U.N.C.**; lo que así fue establecido en consecuencia a fs. **2315**.

76)-En cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal, los representantes de ambas demandadas hicieron presente a fs. **2325** que habían contratado para realizar los estudios geotécnicos y ensayo de bombeo al **Geólogo Héctor Frontera**. Acompañaron un **informe (fs. 2322/2324)** elaborado por el mencionado profesional, del que surge que luego de efectuar el relevamiento de los posibles lugares para ejecutar las perforaciones de estudio ensayos *“in situ”* y ensayos de laboratorio, sugería el predio que se ubicaba en Bogotá esquina Villa María, señalando además otro posible, y fijaba fecha de inicio de las tareas para el día 19/06/17.

77)-Por proveído de fecha **07/06/17 (fs. 2332)** el Tribunal solicitó a su equipo técnico que decidieran cuál de los dos lugares propuestos por el Geólogo Frontera consideraban más idóneo, según su criterio.

En el mismo proveído **se tiene por parte, en el carácter de tercero interesado, al Centro Vecinal de Villa El Libertador**.

78)-A fs. **2336/2380** la apoderada del Municipio puso en conocimiento del Tribunal las gestiones que venía llevando adelante su representada por ante el ENOHSA en procura de lograr financiamiento para la Red Domiciliaria de Villa El Libertador y de la obra de Nexo Sur 1 (Villa Libertador - Av. Cruz Roja). Acompañó copia del Acta Acuerdo con ese organismo donde se da cuenta de las mencionadas tratativas. También manifestó en dicha oportunidad que, a todo evento, dada la gravedad del problema y el número de personas afectadas de manera simultánea, se estaban realizando gestiones ante el Banco Mundial para obtener el financiamiento necesario para la solución del problema. Añadió que, a esos fines, había realizado una presentación a la Secretaría de Dirección de Vivienda y Hábitat de la Nación, en el marco del Programa Mejoramiento de Barrios II (promovido por el Banco Mundial), para que esta dependencia nacional avalara la toma de créditos ante dicho organismo multilateral. Se reservó el CD acompañado.

79)-El Tribunal resolvió por proveído de fecha **12/06/17 (fs. 2395)** librar oficio a ENOHSA a fin de que este organismo informara el estado del trámite referido supra.

80)-A fs. **2388** la Municipalidad acompañó un informe elaborado por el Director de Redes Sanitarias y Gas (Ing. Bardagi) del cual surgía una nueva alternativa para deprimir las napas, la cual consistía en un dren ubicado de sur a norte, coincidiendo con la traza de la calle Arani, desde Francisco

Demauro hasta Carmelo Ibarra y desde ese punto hacia el este por Calle Carmelo Ibarra hasta el Canal Maestro Sur. Hizo presente que esta solución se ponía a consideración del Tribunal, haciendo presente que la misma sería ejecutada con la correspondiente previsión presupuestario para el año próximo.

Por proveído de fecha **12/06/17 (fs. 2395)** se corrió vista de esa propuesta al equipo técnico designado por el Tribunal.

81)-A **fs. 2396** los amparistas propusieron para integrar la “*Comisión Ad Hoc*”, junto con el Sr. Rocha, al Sr. Emmanuel Acosta.

82)-A **fs. 2406**, el equipo técnico del Tribunal evacuó la vista que le fuera corrida y recomendó, entre los dos sitios considerados por el informe del Geólogo Frontera a los fines de ejecutar los estudios geotécnicos y ensayos de bombeo requeridos, el localizado en predio comprendido entre las calles Bogotá esquina Villa María del Barrio Villa El Libertador.

83)-A **fs. 2417** obra el oficio presentado por ante ENOHSA con fecha **21/06/17**.

84)-En cumplimiento de las medidas dispuestas por el Tribunal, la Municipalidad acompañó a **fs. 2427/2439** un informe producido por la Subsecretaría de Emergencia Urbana con fecha 26/06/17 respecto a las viviendas relevadas en el Barrio, del que surge el estado de situación de las mismas al 22/06/17, como así también las medidas adoptadas. Por proveído de fecha **19/06/17 (fs. 2441)** se emplazó a la Provincia para que por intermedio de la Dirección de Emergencias Sociales del Ministerio de Desarrollo Social informara qué acciones había realizado respecto de las viviendas individualizadas por el Municipio con estado general “*MALO*”.

85)-A **fs. 2440** compareció el **Geólogo Frontera e informó que daría comienzo a la labor encomendada** (perforación, toma de muestra de sedimento, perfilaje eléctrico, entubación de la perforación, engrabado, desarrollo y limpieza y ensayo de bombeo) el día 03/07/17; todo lo cual fue notificado a las partes y al equipo técnico del Tribunal.

86)-Por proveído de fecha **04/07/17 (fs. 2448)**, dado el incumplimiento de la “*Comisión Ad Hoc*” en presentar el informe semanal que el Tribunal ordenara, se emplazó a sus integrantes a producirlo en el término improrrogable de dos días.

87)-A **fs. 2452/2458** corre agregada la respuesta al oficio que dirigiera el Tribunal al Municipio de Río Cuarto, por el que se solicitaba información sobre las características del sistema de bombeo del agua acumulada en las napas freáticas implementado en esa ciudad y los resultados obtenidos; de lo cual se notificó a las partes y equipo técnico del Tribunal.

88)-La Municipalidad de Córdoba, en cumplimiento de la medida cautelar dictada en autos, a **fs. 2459/2484**, acompañó informe producido por la Dirección de Higiene Urbana del 26/06/17, en el que se incorporaron también planillas de desagotes de cámaras por los períodos comprendidos entre el 16/05/17 y el 31/05/17 y entre el 01/06/17 y el 15/06/17.

89)-Atento el vencimiento del término por el que se requirió informe al ENOHSA, por proveído de fecha 05/07/17 (**fs. 2486**) se ordenó la reiteración del oficio de que se trata.

90)-En cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal, a **fs. 2495/2512**, la apoderada de la Municipalidad demandada acompañó los **informes semanales de la Comisión Ad Hoc**, manifestando que la misma se reúne de manera permanente y constante desde su conformación. Detalla que en la reunión de fecha **09/06/17 (Acta N° 3, fs. 2495)** se hizo saber que el área de prensa del Municipio estaba trabajando para la realización de una gacetilla para informar a los vecinos la modalidad que debían adoptar al momento de requerir el servicio de desagote. Se informó la cantidad que ya se habían ejecutado y se identificaron las actuaciones administrativas referidas al trámite del proyecto del Nexo Cloacal. Señala que en la reunión de fecha **16/06/17 (Acta N° 4, fs. 2497)** se informó que la causa del hundimiento de un sector de oficinas del C.P.C. de Villa El Libertador fue motivado por una fuga de agua de las cañerías de las instalaciones; todo lo cual fue acompañado de un estudio geotécnico e informe técnico confeccionado por la Dirección de Arquitectura de fecha 16/06/17. Agrega que se dio respuesta a los requerimientos formulados por los vecinos respecto al estado de avance de los proyectos de obras previstos a ejecutar por ambas administraciones. Añade que en la reunión del **23/06/17 (Acta agregada a fs. 2507/2509)** se detalló la cantidad de desagotes efectuados

y el estado de funcionamiento de las bombas instaladas; se señaló que se desarrollaría una campaña de promoción de salud en los centros educativos de la zona y se informó la realización de jornadas de capacitación ante la comunidad relacionadas con las medidas de autoprotección, mapa de riesgo y comité de emergencia.

91)-A fs. 2519/2532 la apoderada de la Municipalidad de Córdoba acompañó **Acta N° 5 de la "Comisión Ad Hoc" de fecha 07/07/17** e informe sobre el mantenimiento del Canal Maestro Sur, producido por el Sr. Director de Jurisdicción de Obras dependiente de la Secretaría de Recursos Hídricos de fecha 01/06/17, como así también listado de desagotes de cámaras realizadas entre el 15/06/17 y el 30/06/17.

92)-A fs. 2533/2537 la Provincia acompañó informe producido por el Ministerio de Desarrollo Social, el que fuera requerido por proveído del Tribunal de fecha **19/06/17 (fs. 2441)**. Del mismo se desprende que se habían relevado un total de 49 inmuebles en el Barrio, de los cuales 19 presentaban clase de riesgo grave (18) o de derrumbe (1). Allí se señaló, además, que de cada relevamiento se labraba un acta y que, de corresponder, se comunicaban los requisitos que debían presentarse a los fines de tramitar el otorgamiento de asistencia económica tendiente a paliar la situación habitacional por la que atravesaba el grupo familiar (ofrecimiento de alquiler, por ejemplo). Se añadió que ninguna de las familias relevadas había abandonado la vivienda que ocupaban, pese a estar anunciadas del riesgo que se cernía sobre la morada. Se manifestó, también, que se había procedido a cursar un pedido al Colegio de Arquitectos de la Provincia a los fines de que, a través de su Instituto de Pericias y Tasaciones, se presupuestaran las pericias para las 19 unidades habitacionales en riesgo grave.

93)-A fs. 2539/2549 obra la contestación que hizo el ENOHTSA al oficio que remitiera el Tribunal, referenciado "*supra*", de la que se desprende que la Municipalidad debía completar información técnica de los proyectos, dadas las observaciones de carácter técnico y ambiental que se le habían formulado.

94)-Consecuentemente, el Tribunal, por **proveído de fecha 25/07/17 (fs. 2550)**, corrió vista a la Municipalidad de Córdoba para que informara pormenorizadamente -de ser así- las causas que habrían motivado la demora y cuál sería el tiempo estimado para el cumplimiento de aquellas exigencias, dada la urgencia que la problemática imponía. Asimismo, se emplazó al Municipio a expresar el grado de avance que tenía la gestión de financiamiento de la obra por ante el Banco Mundial y si la existencia simultánea de dos pedidos no estaba produciendo interferencia entre sí.

95)-Con fecha **26/07/17** la apoderada de la Municipalidad acompañó **Acta N° 6 de la "Comisión Ad Hoc" de fecha 18/07/17 (fs. 2564)**, informe de avance sobre las medidas preventivas y plan de acción adoptado frente a lo dispuesto por el Decreto N° 2118/16 -que declaró la emergencia ambiental y sanitaria en B° Villa El Libertador-, como así también listado de desagotes de cámaras realizados desde el 22/06/17 al 14/07/17.

96)-A fs. 2586/2595 la apoderada del Municipio acompañó **Acta N° 7 de la "Comisión Ad Hoc" del 28/07/17**; copia de documentación perteneciente a la Secretaría de Servicios Públicos referida al Nexo Cloacal Sur 1 - Barrio Villa El Libertador, consistente en copia de la Resolución N° 60, de fecha 17/07/17, -por la que se aprobó el legajo técnico de la obra, plan de trabajo y curva de inversión- e informe complementario, lo que también fuera entregado a los miembros de la Comisión, como así también planilla del estado de funcionamiento de las bombas instaladas.

97)-A fs. 2601/2639 **vta.** los apoderados de la Municipalidad acompañaron, en respuesta a lo solicitado por el Tribunal por proveído de fecha **25/07/17 (fs. 2550)**, un informe detallado elaborado por el Ing. Bardagi, Director de la Dirección de Redes Sanitarias y Gas de la Municipalidad, del que se desprende que el ENOHTSA, una vez ajustada la presentación técnica ante ese ente, se financiaría el 100% de la obra de red domiciliaria. Que respecto del financiamiento peticionado por ante el Banco Mundial, el mismo será destinado a las 30 manzanas más comprometidas del barrio; proyecto que comprende varios subproyectos que consisten en las obras de red cloacal, red de alumbrado público, red de desagües pluviales, espacios públicos, mejoramiento habitacional, red peatonal, arbolado, equipamiento urbanos como también red cloacal domiciliaria y proyecto de un dren para disminuir el nivel freático. Aclaran que el proyecto que se tramita por ante el Banco Mundial no presenta interferencia con el llevado adelante con ENOHTSA; que de aprobarse ambos, el Municipio solicitará

economía de obra para que se excluya del de ENOHSa la zona contemplada en el otro proyecto. Acompañan asimismo copia de la nota presentada al Ing. Oscar Carnabucci del 01/08/17 por el Ing. Omar Gastaldi, en respuesta a las consideraciones formuladas por la letrada del ente nacional en su presentación de fecha 12/07/17, y la nota del Ing. Matías Alejandro Salum, Subsecretario de Infraestructura de la Municipalidad de Córdoba al Ing. Carnabucci, con copia de la Resolución D.I.A. N° 1320, del 28/07/17, emitida por la Comisión de Ambiente por la cual se aprueba el Aviso de Proyecto del emprendimiento "Red Colectora Cloacal Barrio Villa El Libertador". Consecuentemente, por proveído de fecha 07/08/17 (fs. 2640), el Tribunal dispuso oficiar nuevamente a ENOHSa en términos similares a lo efectuado con fecha 16/06/17.

98)-Con fecha 07/08/17 (fs. 2641) se emplazó a las demandadas, peritos del Tribunal y al Amicus Curiae para que informaran sobre los resultados que los estudios de perforación habían arrojado.

99)-Por proveído de fecha 09/08/17 (fs. 2646), dado el incumplimiento por parte de la Provincia de la orden impartida por el Tribunal en el marco de la medida cautelar dictada en la causa, referida a la obligación de informar en autos el grado de avance de cada una de las acciones dispuestas en dicha decisión, se emplazó a la citada Administración a fin de que lo cumplimentara en el término improrrogable de 10 días.

100)-A fs. 2656/2680 los apoderados de la Municipalidad y de la Provincia, en cumplimiento de lo dispuesto por la medida cautelar, como así también en la audiencia de fecha 19/05/17, acompañaron copia de las **Actas N° 8 y 9 de la "Comisión Ad Hoc" de fechas 04/08/17 (fs. 2679) y 11/08/17 (fs. 2657)**. Adjuntaron, además, informe producido por la Secretaría de Recursos Hídricos de la Provincia, referido a las tareas de limpieza del Canal Maestro Sur; planilla del estado de las bombas producido por el C.P.C. y listado de desagotes de cámaras sépticas por el período 16/07/17 al 31/07/17.

En dicha oportunidad, se solicitó prórroga para producir el informe respecto de la perforación que efectuara el Geólogo Frontera; prórroga que fue concedida a fs. 2681 por el término de cinco días.

101)-A fs. 2695/2724 el "Amicus Curiae" acompañó Estudios Hidrogeológicos y Geotécnicos y conclusiones del equipo técnico designado por el Tribunal.

102)-A fs. 2725/2741 **vta.** los apoderados de las demandadas acompañaron el "Informe sobre las tareas realizadas a solicitud de la Municipalidad de Córdoba y la Secretaría de Recursos Hídricos de la Provincia de Córdoba para complementar el estudio pericial de diciembre de 2.016"; esto es, el estudio geotécnico requerido por el Tribunal. En dicha oportunidad manifestaron que estaban pendientes los resultados de los ensayos de laboratorio que la Facultad de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales aún no había entregado.

103)-A fs. 2742, el equipo técnico del Tribunal manifestó que los ensayos de Laboratorio sobre las muestras extraídas para el estudio Geotécnico se encontraban en desarrollo en su etapa de interpretación, control de calidad y evaluación de posibles ensayos adicionales.

104)-A fs. 2746/2765 los apoderados de ambas administraciones demandadas acompañaron **Actas N° 10 y N° 11 de la "Comisión Ad Hoc" de fechas 18/08/17 (fs. 2748) y 25/08/17 (fs.2761)**; como así también listado de cámaras desagotadas y planilla de funcionamiento de las bombas depresoras.

105)-A fs. 2766/2775 el representante de la Provincia acompañó informe de Limpieza del Canal Maestro Sur de fecha 25/08/17.

106)-Con fecha 11/09/17 (fs. 2786/2797) la Provincia adjuntó informe técnico sobre el Nexo Colector Sur Villa El Libertador de la obra "Ampliación de la Planta Depuradora de Líquidos Cloacales y Construcción de Colectores Troncales de la Ciudad de Córdoba", producido por la Secretaría de Servicios Públicos del Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos (Ing. Alberto Bresciano).

107)-Por proveído de fecha 19/09/17 se agregan las **Actas N° 12 y N° 13 de la "Comisión Ad Hoc" de fechas 08/09/17 (fs.2808) y 15/09/17 (fs. 2823)**; el informe de actividades de la Dirección de Educación Ambiental de la Secretaría de Ambiente y Cambio Climático de la Provincia de fecha 05/09/17, el informe de Capacitaciones de Villa El Libertador de la Dirección General de Defensa civil y Emergencia Urbana de la Municipalidad de Córdoba y el listado de desagotes de cámaras realizado en el barrio; la planilla del estado de las bombas para regularizar el nivel de napas efectuado por la Municipalidad

demandada y el informe de actividades de la Dirección de Educación Ambiental de la Secretaría de Ambiente y Cambio Climático de la Provincia de fecha 11/09/17. (Cfr. fs. 2808/2830).

108)-Por proveído de fecha **12/10/17 (fs. 2929)** se responde a la presentación efectuada por los apoderados de la Municipalidad a fs. 2838/2928, en la que acompañan la respuesta de ENOHTSA al oficio que remitiera el Tribunal, en la cual se da cuenta del avance de las gestiones a fin de lograr el financiamiento de la obra de red cloacal domiciliaria del barrio. También se agrega el **Acta Acuerdo suscripta entre el Intendente de la Municipalidad de Córdoba con ENOHTSA, de fecha 25/09/17, a los fines de financiar la obra "Red Colectora Cloacal y conexiones Domiciliarias" para Villa El Libertador**. Los apoderados de la Municipalidad manifestaron en dicha oportunidad que su representada, a través de la Secretaría de Planeamiento e Infraestructura, ha formalizado la presentación integral de la documentación requerida por ENOHTSA, que adjuntan; consistente en Legajo Técnico de la Obra y copia de la Resolución N° 1320/17, que aprueba el proyecto de su emprendimiento.

109)-A partir de fs. **2931 corren agregados los resultados de los ensayos de laboratorio encomendados al Geólogo Héctor Frontera**. Del mismo y de toda la documentación vinculada a él, se corrió vista a los peritos del Tribunal y "*Amicus Curiae*" para que, en el término de diez días, elaboraran sus conclusiones y recomendaciones respecto al tratamiento que debe tener la depresión de las napas freáticas.

110)-Por proveído de fecha **19/10/17 (fs. 3011)** el Tribunal emplazó a los miembros de la "*Comisión Ad Hoc*" a cumplimentar con la presentación de los informes semanales encomendados.

111)-A fs. **3029** el apoderado de la Provincia agrega informe de fecha **29/09/17, el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos de la Provincia y el Colegio de Arquitectos de fecha 21/08/17 (fs. 3019/3020); Actas N° 15 y N° 16 de la "Comisión Ad Hoc" de fechas 06/10/17 (fs. 3021) y 13/10/17 (fs. 3024) y planilla de estado de las bombas depresoras.**

112)-A fs. **3053** la apoderada de la Municipalidad acompañó **Actas N° 14; N° 15; N° 16 y N° 17 de la "Comisión Ad Hoc" de fechas 21/09/17; 06/10/17; 13/10/17 y 20/10/17;** como así también listado de los desagotes realizados.

113)-A fs. **3058/3062** el equipo técnico del Tribunal (peritos y "*Amicus Curiae*") presentaron la evaluación de la información geotécnica e hidrológica desarrollada y firmada por el Geólogo Frontera.

114)-De esta evaluación se dio noticia a las demandadas y se les requirió que expresaran si las recomendaciones que los peritos habían indicado estaban contempladas en la resolución integral y definitiva de la problemática de autos; y, en su caso, de qué modo y cuándo lo estarían. Más allá de las respuestas a las preguntas precedentes, las demandadas debían indicar cuáles eran las acciones que tenían previstas a mediano y largo plazo para paliar la problemática devenida de la elevación de las napas freáticas en la zona del Barrio Villa El Libertador, como fenómeno que, según se desprende de las constancias de la causa, sería de naturaleza permanente o recurrente.

115)-A fs. **3066/3092** el apoderado de la Provincia acompaña **Actas N° 17; N° 18; N° 19; N° 20 y N° 21 de la "Comisión Ad Hoc" de fechas 20/10/17; 27/10/17; 03/11/17; 10/11/17 y 17/11/17;** planillas de desagotes y de estado de las bombas y constancias de acciones realizadas por la Secretaría de Ambiente y Cambio Climático.

116)-A fs. **3098/3104** la apoderada de la Municipalidad acompaña copia del informe de fecha 06/12/17 producido por la Sra. Directora de Habitat, Arq. Ludmila Garbelotto, en el que informa los avances respecto del proyecto de mejoramiento barrial parra Villa El Libertador y copia del **Decreto N° 3.965 del 29/11/17, mediante el cual se delega en el Ente de Servicios y Obras Públicos la ejecución de obras públicas para la intervención integral del Barrio en caso de que la Municipalidad de Córdoba cuente con financiamiento de extraña jurisdicción.**

117)-A fs. **3134** el representante de la Provincia acompaña **Actas N° 22 y N° 23 de la "Comisión Ad Hoc" de fechas 24/11/17 (fs. 3107) y 01/12/17 (fs. 3108);** las planillas de estado de las bombas y de desagotes de cámaras; **informe producido por la Secretaría de Recursos Hídricos de la Provincia referido a las tareas de limpieza del Canal Maestro** realizadas en: Tramo calle Bogotá - Av. Vélez Sarsfield; Tramo Circunvalación - Av. Valparaíso, Tramo B° Obispo Angelelli, realizados por el Área

Explotación del Recurso de la Secretaría de Recursos Hídricos de la Provincia, y **carpeta conteniendo las Conclusiones y Consideraciones Generales de Informes Técnicos Periciales de 20 viviendas ubicadas en B° Villa El Libertador, realizados por parte de un equipo de profesionales que forman parte del Instituto de Pericias y Tasaciones del Colegio de Arquitectos de la Provincia de Córdoba**, designados especialmente para dicha tarea, en el marco del Acta N° 15, elaborada por la “Comisión Ad Hoc” con fecha 06/10/17, la que se reserva.

118)-A fs. 3137/3155 **las demandadas manifestaron que compartían las recomendaciones indicadas por los peritos en la causa respecto a la generación de un proyecto que posibilite deprimir el nivel freático en la zona más crítica del Barrio**. Allí dijeron que respecto de las obras a ejecutar la Secretaría de Recursos Hídricos de la Provincia como la Dirección de Redes Sanitarias y Gas de la Municipalidad sugerían la ejecución de Obras Lineales de Drenaje mediante drenes. Hicieron presente que el Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos dio inicio a los trabajos para la solución de fondo a una situación que se ve directamente agravada por la recarga de los vertidos cloacales domiciliarios, ejecutando desde el 21/06/17 la obra “Colector Nexo Villa Libertador Anexo”, el cual empalmará con el Colector Cloacal Troncal Sur; obra que contaba a diciembre de 2.017 con un nivel de avance del 33%. Detallaron que la Municipalidad había suscripto un convenio marco con la Subsecretaría de Vivienda y Hábitat del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda para contribuir a mejorar el hábitat de la población y financiar la ejecución de los proyectos integrales de mejoramiento del Barrio.

119)-Atento a que del escrito conjunto presentado por las demandadas no surgía una acabada respuesta a las preguntas formuladas en el **decreto de fecha 24/11/17 (fs. 3063)**; en concreto, cuándo se estimaba que se procedería a poner en ejecución el sistema adoptado para la depresión de las napas, dado que esta actividad fue considerada por este Tribunal como imprescindible para articular consistentemente las medidas urgentes adoptadas (el desagote periódico de los pozos negros y/o cámaras sépticas) con la definitiva (la construcción del sistema domiciliario de cloacas), se intimó a las mismas para que lo hicieran en forma fundada. **Este emplazamiento fue reiterado a fs. 3227.**

120)-A fs. 3158/3224 la Provincia acompañó **Acta N° 24 de la “Comisión Ad Hoc” de fecha 15/12/17** y dos informes complementarios del Colegio de Arquitectos de la Provincia, correspondientes a las viviendas situadas en los domicilios Piedra Pintada N° 611 y Capilla del Monte N° 5.581, del relevamiento de veinte viviendas que se encuentran en la zona más comprometida del Barrio, solicitado por la Secretaría de Ambiente y Cambio Climático.

121)-A fs. 3229/3230 la Provincia acompañó informe producido por el Secretario de Recursos Hídricos de la Provincia, Ing. Castelló, del que se desprende que **el dren para la depresión de napa sería proyectado y ejecutado íntegramente por la Municipalidad**, sin que ésta hubiera aún informado las precisiones respecto al a fecha de inicio de los plazos de ejecución de tal obra.

122)-A fs. 3248 la Municipalidad de Córdoba manifestó que la depresión de las napas freáticas es una cuestión que corresponde sea resuelta por el Gobierno de la Provincia por ser titular de los cursos aguas subterráneas. Que, sin perjuicio de ello, el Sr. Intendente asumió el compromiso de dar una solución a la problemática instruyendo a la Secretaría de Planeamiento e Infraestructura que iniciara los trámites administrativos necesarios para proceder a la ejecución de la Obra Lineal de Drenaje con recursos propios. **A fs. 3249 se le concede prórroga al Municipio a fin de acreditar las acciones concretas adoptadas por su parte respecto de la obra en cuestión.**

123)-A fs. 3251/3259 la Provincia acompañó **Actas N° 27, N° 28 y N° 29 de la “Comisión Ad Hoc” de fechas 02/03/18; 09/03/18 y 16/03/18**, respectivamente. De la segunda surge que el Sr. Rocha manifestó que no seguiría participando de las reuniones. Se acompañaron también planillas de desagotes y de funcionamiento de bombas depresoras.

124)-A fs. 3265/3269 la Municipalidad informa que **se había llamado a licitación pública para la contratación de la obra “Drenajes Lineales - barrio Villa El Libertador”** mediante Decreto N° 971, del 03/04/18, cuya copia acompaña.

125)-A fs. 3274/3301 el Municipio acompaña **Actas N° 30, N° 31 y N° 32 de la “Comisión Ad Hoc” de fechas 23/03/18; 05/04/18 y 13/04/18**; como así también listado de desagotes realizados y estado de funcionamiento de las bombas. A fs. 3304/3314 la Provincia también acompañó sendas actas.

126)-Por **proveído de fecha 24/04/18**, atento las publicaciones periodísticas de ese día, que daban cuenta de la caída de mampostería de un techo en el domicilio ubicado en calle Olaeta N° 5.543 del Barrio Villa El Libertador, lo que habría producido lesiones a una persona, se intimó a las demandadas para que, en el plazo perentorio de 48 hs., informaran si esa vivienda y las cercanas habían sido relevadas, conforme fuera dispuesto por este Tribunal en el proveído de fecha 25/07/16 (fs. 334) y sus complementarios de fecha 18/08/16 (fs. 667); 26/08/16 (fs. 786); 09/09/16 (fs. 885); lo acordado en audiencia de fecha 09/03/17 (fs. 1.403), o a raíz de lo realizado en su consecuencia; y -fundamentalmente- cuáles habían sido los resultados arrojados por dichas actuaciones.

Debe destacarse que el Tribunal dispuso, con independencia del informe requerido, que las accionadas debían indicar las medidas urgentes adoptadas y/o a adoptarse respecto de la vivienda de marras, en virtud del siniestro ocurrido.

Todo lo requerido fue contestado, y la atención y ayuda económica ofrecida y brindada a la familia afectada fue acreditada oportunamente en autos (cfr. fs. 3339, 3346, 3356, 3422 y 3461).

127)-A fs. 3361/3367 la Provincia acompañó **Actas N° 33 y N° 34 de la “Comisión Ad Hoc” de fechas 20/04/18 y 27/04/18**. En esta última se trató la necesidad de solicitar al Tribunal el reemplazo del amparista Sr. Luis Rocha en dichas reuniones. También se puso en conocimiento de los presentes en la reunión de la que da cuenta el acta, la situación en que se encontraba la familia que había sufrido el desmoranamiento en calle Olaeta.

Al respecto, **el Tribunal entendió que era conveniente para el funcionamiento eficaz de dicha comisión que los amparistas designaran a otra persona para que asistiera a las reuniones en reemplazo del Sr. Rocha.**

128)-A fs. 3368, por proveído **de fecha 09/05/18**, se reservó un informe realizado por los profesionales de la Secretaría de Vivienda con motivo de la inspección realizada en el mes de agosto de 2.016, que fue acompañado por la Provincia.

129)-A fs. 3425/3430 compareció el Sr. Walter Hugo Rubio, quien reemplazó al Sr. Luis Rocha en la **“Comisión Ad Hoc”** en representación de los amparistas y acompañó **Acta N° 37 de la reunión de fecha 18/05/18**, copia de publicación del diario La Décima de mayo/18 y planilla de estado de las bombas. A fs. 3462, **por proveído de fecha 28/05/18, se tuvo presente su designación** como nuevo representante de los vecinos en el marco de la **“Comisión Ad Hoc”**.

130)-A fs. 3464/3480 la **Municipalidad acompañó informe del Director de la Dirección de Redes Sanitarias y Gas, Ing. Bardagi**, del que surge que: *“...1.- La obra de Drenaje Lineal tramitada por expediente 008073/18 se procedió al acto de Licitación el día 16/05/2018, presentándose en él dos empresas, estando al día de hoy en proceso de pre-adjudicación, estimándose que en el término de 45 días aproximadamente podrá dar comienzo efectivo la obra.”*

“2.- en cuanto a la obra de cloacas de la zona de conflicto de barrio Villa el Libertador, este Municipio ha comenzado el proceso para el llamado a Licitación Pública por medio de Expte. N° 008072/18 para la ejecución de una porción de dicha zona, estimándose que los primeros días del mes de Junio se producirá el acto de apertura de sobres.”

“3.- en cuanto a la obra de cloacas de la zona del resto del barrio villa el Libertador, se encuentra aprobado en el ENOHA el proyecto técnico, esperándose de ese Ente la factibilidad económica.”

En dicha oportunidad también se glosó copia del **Decreto N° 1480, de fecha 22/05/18, por el cual se llamó a licitación pública para la contratación de la obra “Red Colectora Cloacal Sector A - Barrio Villa El Libertador”**.

Se acompañaron, asimismo, **Acta N° 37 de la “Comisión Ad Hoc”, de fecha 18/05/18**; planilla de estadística de los servicios de desagotes y de estados de bombas, e informe sobre situación y acciones adoptadas en la vivienda de calle La Falda donde se produjo el siniestro.

131)-A fs. 3481/3499 la Provincia acompaña **Actas N° 35, N° 36 y N° 37 de la “Comisión Ad Hoc” de fechas 04/05/18; 11/05/18 y 18/05/18**, entre otras que ya habían sido incorporadas previamente al expediente; junto con planilla de estado de bombas y nota de vecinos de Villa El Libertador (Rocha y Casas, fs. 3486) y documentación en respuesta a dicha nota; todo en relación a la participación de aquellos en la comisión.

132)-A fs. 3500/3558 la Provincia acompaña **Actas N° 38 y 39 de la “Comisión Ad Hoc” de fechas 01/06/18 y 08/06/18** y planillas de estado de bombas. También agrega nota del Secretario de Ambiente y Cambio Climático de la Provincia dirigida a la Subsecretaría de Ambiente de la Municipalidad de Córdoba, referida a 71 relevamientos técnicos domiciliarios e informes sobre acciones llevadas a cabo en 13 viviendas del Barrio Villa El Libertador, consideradas con mayor riesgo.

133)-A fs. 3559/3571 la Municipalidad acompaña el **Plan de Saneamiento para Villa El Libertador (fs. 3559/3560 vta.)** previsto por la Secretaría de Planeamiento e Infraestructura de la Municipalidad conformado por:

a)-Informe de fecha 26/06/18, suscripto por el Sr. Secretario Ing. Omar Gastaldi y el Sr. Director de Redes Sanitarias y Gas, Ing. Daniel Bardagi (fs. 3559/3560 vta.). Allí se especifica que para la Obra de Drenajes Lineales resultó adjudicataria la empresa COCYAR S.A. por un monto de \$16.048.641,57; adjudicación que fue aprobada por Decreto N° 1.746 del 19/06/18. Se agrega que el plazo tentativo para su ejecución era de 90 días calendario desde el 01/08/18 al 30/10/18., y que se financiaría con fondos propios del Municipio, siendo considerado como aporte solicitado para el Préstamo BIRF.

El informe se refiere también a la **Obra de Red Colectora Cloacal B° Villa El Libertador**. Se señala que la obra se ha proyectado en tres sectores: A, B y C. Que será financiada por el Banco Mundial, requiriéndose un aporte del 30% por parte de la Unidad Ejecutora (Municipalidad). Que el área de emergencia está compuesta por 33 manzanas del barrio, que ha sido dividida en sector A y B. Que el sector A se compone de 11 manzanas (30%) siendo el plazo tentativo de obra de 150 días desde el 01/10/18 al 28/02/19 aproximadamente. Se explica que el sector B es la parte restante de las 33 manzanas (70%), que es lo de la obra que será financiado por el Banco Mundial. El plazo en que se estima llevarla adelante es desde el 01/02/19 hasta el 31/08/19.

Del informe se desprende que el sector C comprende las 270 manzanas restantes del Barrio en donde también se instalará la red colectora domiciliaria; obra que será financiada por ENOHSA. Se señala que la fecha tentativa de inicio sería el 01/03/19 con fecha de finalización aproximada para el 28/02/20.

b)-Copia de nota de fecha 06/04/18, suscripta por la Gerente de Proyecto del Departamento de Desarrollo Sostenible Región de América Latina y El Caribe del Banco Mundial, de la que surge que *“El proyecto Villa Libertador cumple con los criterios de elegibilidad para comunidades dentro del Proyecto Integral de Habitat y Vivienda”*;

c)-Copia de nota de fecha 03/08/17, suscripta por la Sra. Subsecretaria de Habitat y Desarrollo Humano del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda de la Nación, Marina Klemensiewicz; allí se informa que se encuentra en proceso final de tramitación un programa de financiamiento externo con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), denominado Programa Integral del Hábitat y Subsidio a la Vivienda, destinado, entre otros, al mejoramiento integral del hábitat en el Barrio Villa El Libertador de Córdoba;

d)-Copia del Convenio Marco de Adhesión para la Ejecución del Programa *“Proyecto Integral de Hábitat y Vivienda”*, firmado entre el Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda de la Nación y la Municipalidad de Córdoba a fin de coordinar los términos en los que se llevarán a cabo las acciones para la implementación de dicho programa en el ámbito de esta última, procurando contribuir a mejorar el hábitat de la población de zonas urbanas precarias en el marco de lo previsto en el Convenio de Préstamo BIRF N° 8712-AR, cuyo modelo fue aprobado por el art. 1° del Decreto N° 656/17.

e)-Copia de la cédula de notificación dirigida al Ing. Gastaldi, Secretario de Planeamiento e Infraestructura de la Municipalidad de Córdoba, en la que se comunica la **“NO OBJECCIÓN”** a que el dren para depresión artificial de la napa freática a realizarse en el Barrio Villa El Libertador descar-

que en el Canal Maestro Sur, previa verificación y acreditación de que los parámetros de calidad del líquido colectado garantizan como mínimo los estándares indicados como referencia en el Anexo I del Decreto Provincial N° 847/16, firmada por el Ing. Juan Pablo Brarda, Presidente del Directorio de la Administración Provincial de Recursos Hídricos;

f)-Plano y cronograma de trabajo de la Obra Red Colectora Cloacal B° Villa El Libertador.

134)-Dadas las manifestaciones vertidas en las actas N° 37, 35, 34, 28, 26, 36, 38 y 39 y los informes obrantes a fs. 3488 y 3557, de los que se desprende el riesgo de los habitantes de los inmuebles allí indicados de permanecer en sus viviendas, por proveído de fecha 05/07/18 (fs. 3575), se hizo saber que, en el marco de la medida cautelar ordenada por proveído de fecha 05/07/16 (fs. 246/247 vta.) y complementada el 07/07/16 (fs. 306), las Administraciones demandadas deberán ejercer todas las potestades y acciones que surjan de sus respectivas competencias, que sean necesarias para evitar los peligros que se ciernen sobre las personas y bienes ya referidos y/o los que las circunstancias demanden. Se recordó a las partes que, dada la naturaleza ambiental de la acción, no es éste el Tribunal con competencia para disponer, eventualmente, el desalojo compulsivo de las viviendas comprometidas o para otras medidas dirigidas al mismo fin.

135)-A fs. 3581/3594 la Provincia de Córdoba acompaña Acta N° 40 de la “Comisión Ad Hoc” de fecha 15/06/18, planilla del estado de bombas de depresión y de desagotes realizados y detalle de ayudas económicas brindadas por el Ministerio de Desarrollo Social.

136)-A fs. 3599/3602 la Provincia de Córdoba acompaña Acta N° 41 de la “Comisión Ad Hoc”, planilla del estado de bombas y gráfico comparativo mensual y anual 2.016, 2.017 y 2.018 sobre evolución de realización de desagotes de cámaras sépticas en la zona de emergencia.

137)-A fs. 3607/3654 la Municipalidad acompaña Actas N° 44, N° 45, N° 46 y N° 47 de la Comisión Ad Hoc, de fechas 20/07/18 (fs. 3607), 27/07/18 (fs. 3622), 03/08/18 (fs. 3634) y 10/08/18 (fs. 3628), junto con planillas de estado de desagotes y bombas.

138)-A fs. 3659/3689 la Municipalidad adjunta Actas N° 48, N° 49, N° 50 y N° 51 de la Comisión Ad Hoc, de fechas 17/08/18 (fs. 3659), 24/08/18 (fs. 3674), 31/08/18 (fs. 3685) y 07/09/18 (fs. 3682), planillas de desagotes realizados y de estado de bombas de depresión.

139)-A fs. 3691/3719 el Municipio acompaña las Actas N° 52 y N° 53 de la Comisión Ad Hoc de fechas 14/09/18 (fs. 3694) y 28/09/18 (fs. 3711), planillas de desagotes efectuados y de estado de bombas, junto con la copia del Decreto N° 2.928 de fecha 25/09/18 por el que se prorroga, a partir del 24/09/18 y por el término de 180 días, la Emergencia Ambiental y Sanitaria dispuesta por Decreto N° 2.118/16, prorrogada por Decreto N° 1.045/17 y N° 4.474/17, en la zona de Barrio Villa El Libertador de la ciudad de Córdoba; y se establece el cumplimiento y la continuidad del Plan de Mitigación Ambiental y Sanitaria plasmado en el Anexo.

140)-A fs. 3722/3745 la Municipalidad acompaña Actas N° 54 y N° 55 de la Comisión Ad Hoc de fechas 05/10/18 (fs. 3738) y 12/10/18 (fs. 3724), planilla de desagotes realizados y de estado de bombas; junto con un informe denominado “AMPLIACIÓN DE LA CAPACIDAD DE TRATAMIENTO DE LÍQUIDOS CLOACALES Y CONSTRUCCIÓN DE COLECTORES TRONCALES DE LA CIUDAD DE CÓRDOBA - COLECTOR: NEXO VILLA EL LIBERTADOR” del Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos de la Provincia, firmado por los Ing. Civiles Miguel Larralde y Gerardo Franceschi, con fecha 05/10/18, del que surge que el estado de avance de la obra es del 95%.

141)-A fs. 3747, con fecha 05/11/18, el Tribunal intimó a la Municipalidad de Córdoba para que, en el término de 15 días hábiles administrativos, actualizara la información consignada en el informe de fecha 26/06/18, glosado a fs. 3559/3560 vta., brindando un cronograma cierto de realización de las obras necesarias para dar solución integral a la problemática que dio origen a la presente acción. Asimismo, se intimó a la Provincia de Córdoba para que, en igual plazo y a los mismos fines, actualice su informe de fecha 05/10/19 presentado a fs. 3742/3744, y manifieste al Tribunal qué acciones concretas ha realizado o planificado realizar respecto del Canal Maestro Sur en la zona que abarca esta acción.

A tal efecto se libraron los oficios correspondientes, cuyas copias diligenciadas corren glosadas a fs. 3751 y 3752.

142)-A fs. 3755/3785 la Municipalidad acompañó las Actas N° 56, N° 57; N° 58 y N° 59 de la “Comisión Ad Hoc” labradas en fechas 19/10/18 (fs. 3755); 26/10/18 (fs. 3766); 02/11/18 (fs. 3779) y 09/11/18 (fs. 3782), respectivamente; junto con informes de desagotes y planilla de estado de las bombas de regularización del nivel de las napas, correspondientes a cada acta. Se agregó también el **Informe elaborado por el Arq. Antona, en virtud del Convenio de colaboración firmado entre el Colegio de Arquitectos y la Secretaría de Agua, Ambiente y Servicios Públicos**, ambos de la Provincia, a los efectos de hacer un estudio en profundidad de un número determinado de viviendas e instituciones del Barrio Villa El Libertador (fs. 3759/3763), en el que se da cuenta de la problemática barrial, sus causas y las posibles soluciones estructurales que se aconsejan.

La Provincia, por su parte, acompañó senda documental a fs. 3787/3796 y a fs. 3858/3880.

143)-A fs. 3799/3837 corre un informe técnico y de laboratorio del Área de Calidad de la Gerencia de Agua y Saneamiento de la Provincia, a requerimiento de la Municipalidad, sobre la calidad del agua de la red pública, del que se desprende que todos los parámetros analizados se hallan dentro de los límites tolerables de acuerdo a la Resolución N° 174/16 de la Secretaría de Recursos Hídricos de la Provincia.

144)-A fs. 3810/3857 el Ing. Edgar Castelló, Secretario de Recursos Hídricos del Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos de la Provincia, contestó el oficio dirigido a su cartera con fecha 8/11/18, destacando que la Secretaría de Recursos Hídricos lleva adelante las tareas de limpieza y mantenimiento del Canal Maestro Sur, las que comprenden el mantenimiento de praderas laterales al canal, con máquinas excavadoras realizan la extracción y transporte de sólidos (residuos urbanos, cubiertas, restos de vehículos, elementos de gran porte como lavarropas y cocinas, restos de poda etc.) arrojados en la zona del canal por los vecinos del sector. **Se informó, además, que se finalizó la obra Nexo Colector Villa Libertador, la que se enmarca en la obra “Ampliación de la capacidad de Tratamiento de Líquidos Cloacales y Construcción de Colectores Principales de la Ciudad de Córdoba”;** obra que va a permitir la conducción de los efluentes cloacales del sector hacia la planta de tratamiento de líquidos cloacales de Bajo Grande, una vez que la Municipalidad de Córdoba ejecute las redes colectoras domiciliarias del barrio.

145)-A fs. 3881/3934 la Municipalidad de Córdoba contestó el oficio del Tribunal de fecha 8/11/18, acompañando un informe producido por el Director de Redes Sanitarias y Gas de ese Municipio, Ing. Daniel Bardagi, elaborado con fecha 30/11/18 (fs. 3894 y vta.), en el que consta el grado de avance de la Obra de Drenajes Lineales, de la Obra de Red Colectora Cloacal de los tres sectores del Barrio Villa El Libertador, con el detalle de fechas tentativas de inicio y conclusión. En dicha oportunidad se acompañaron, también, las copias de la nota remitida por la Secretaría de Infraestructura Urbana Dependiente del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, dirigida al Intendente, de donde surge la no objeción para dar inicio al procedimiento de consulta pública en relación al proyecto de mejoramiento barrial, de la convocatoria a la consulta para el día 03/12/18 y recorte del diario “La Voz del Interior” correspondiente a la convocatoria mencionada.

146)-A fs. 3942/3945 la Provincia acompañó un informe técnico emitido por el Ing. Miguel Larralde de la UEO y por la Coordinadora General UEO Ing. Lucía del V. Vasquez, que da cuenta de la finalización de la obra Nexo Cloacal Barrio Villa El Libertador.

147)-Con fecha 11/12/18 (fs. 3967 y vta.) tuvo lugar una audiencia convocada por el Tribunal a la que asistieron las partes y funcionarios de ambas Administraciones. Las demandadas acompañan un Acta Acuerdo celebrado entre ellas el día 04/12/18 (fs. 3961/3963), por el cual la Provincia se comprometió a ejecutar “Redes Cloacales Domiciliarias” correspondientes al área del Barrio Villa El Libertador por la suma de \$200.000.000, dando inicio a la ejecución en la zona delimitada en el croquis anexo. La Municipalidad se comprometió a aportar el Proyecto debidamente aprobado por todas las instancias administrativas y en condiciones de ejecución. Y a gestionar todas las autorizaciones y trámites pertinentes.

En dicha audiencia el Tribunal instó a las partes a llegar a un acuerdo que contemple todas las acciones que las demandadas vienen ya realizando en el marco del presente amparo.

En relación a la situación planteada de los inmuebles en riesgo, el Tribunal reiteró lo indicado a fs. 3575 e instó a las Administraciones para que, en el marco de sus respectivas competencias, formulen las acciones pertinentes. Se pasó a un cuarto intermedio hasta el día 27/12/18. En ese día se pasó a un cuarto intermedio hasta el 28/12/18.

148)-A fs. 3992 corre glosada el acta de la audiencia que tuvo lugar el 28/12/18 a la que comparecieron las partes; ocasión en la que acompañaron al Tribunal el Acuerdo al que arribaron, el que se halla adjuntado a fs. 3985/3991.

149)- fs. 3993, habiéndose tomado conocimiento, a través de noticias periodísticas (Diario La Décima; página de Facebook, publicaciones de los días 28/01/19 y 01/02/19), de que presuntamente habrían menguado de forma notoria la frecuencia y cantidad de desagotes de pozos y/o cámaras sépticas del Barrio Villa El Libertador, lo que implicaría una desobediencia a la medida cautelar dispuesta en autos, vigente desde el 05/07/16 (fs. 246), ampliada con fecha 07/07/16 (fs. 306) e instrumentada con fecha 09/03/17 (fs. 1403/1404), se resolvió oficiar a la demandada Municipalidad de Córdoba para que, en el plazo de 24 hs., informara sobre el particular y, en su caso, adoptara de inmediato las medidas necesarias para regularizar dichas tareas a su cargo, bajo apercibimiento. En el mismo término, modalidad y con el mismo apercibimiento, se le solicitó informe sobre presuntos derrumbes y/o hundimientos producidos en las viviendas y/o calles de dicha zona.

150)-A fs. 3996/4028 la Municipalidad de Córdoba acompañó Actas N° 60 de fecha 30/11/18, N° 61 de fecha 07/12/18 y N° 62 de fecha 14/12/18 confeccionadas por la "Comisión Ad Hoc" e informes semanales de desagotes y planilla del estado de las bombas. Dado que de la referida documentación se desprendería que desde el mes de noviembre sólo estaba en funcionamiento una de las cuatro bombas para regularizar el nivel de las napas (fs. 4001 y 4007), en el marco de la medida cautelar ordenada por proveído de fecha 05/07/16 (fs. 246/247 vta.) y complementada con fecha 07/07/16 (fs. 306), se resolvió oficiar a ese Municipio a fin de que, en forma urgente, adoptara las medidas pertinentes para regularizar dicha situación.

151)-A fs. 4032/4071 la Municipalidad de Córdoba presentó los informes requeridos por el Tribunal con fecha 05/02/19 respecto de los desagotes de cámaras sépticas realizados a partir del día 16/12/18 al 31/01/19, de lo que se corrió vista a las partes por el término de ley.

152)-A fs. 4079/4082 la Municipalidad acompañó un informe elaborado por la Dirección de Redes Sanitarias y Gas de su dependencia, donde se da cuenta que los recurrentes cortes de energía eléctrica han generado desperfectos en los accesorios electrónicos del comando principal que impide el normal funcionamiento de las bombas de depresión de napas. Añadió en dicha oportunidad que los equipos están en la vía pública, donde son objeto de vandalismo, lo que perjudica su funcionamiento. Por último, aclaró que las bombas funcionan a demanda, haciéndolo algunas horas al día cuando los sensores de nivel activan el equipo.

153)-El Tribunal resolvió reiterar el oficio dirigido a la demandada Municipalidad de Córdoba, ordenado por proveído de fecha 05/02/19 (fs. 4029), a los fines de hacerle saber que aquella requisitoria se fundaba en las Actas de la "Comisión Ad Hoc" N° 60, de fecha 30/11/18 (fs. 3998-4001); N° 61, de fecha 7/12/18 (fs. 4005-4007) y N° 62, de fecha 14/12/18 (fs. 40104011), integrada por funcionarios de ese Municipio, en donde se consigna que tres de las cuatro bombas para regularizar el nivel de napas existentes no estaban en funcionamiento desde noviembre de 2.018, y que ello se contradecía con lo informado.

154)-En el mismo día, 11/02/19 (fs. 4084), se dictó el siguiente proveído: "Atento el tiempo transcurrido desde la firma del Acuerdo (fs. 3985/3991), emplácese a las accionadas Provincia de Córdoba y Municipalidad de Córdoba, para que en el término de tres (3) días, acompañen al Tribunal los actos administrativos que ratifican el convenio de marras. En el caso de que existan razones por las que dichos actos no se vayan a dictar, se lo debe comunicar al Tribunal en el mismo plazo".

155)-A fs. **4093/4098**, la Municipalidad demandada acompañó un informe elaborado por la Subsecretaría de Emergencia Urbana, respecto de hundimientos y derrumbes en viviendas desde el 01/07/18 al 05/02/19, lo que fuera solicitado por el Tribunal a fs. **3993**. De dicho informe, el Tribunal corrió vista a las partes por el término de ley (cfr. fs. **4099**).

156)-Atento lo informado a fs. **4031/4071** respecto de la frecuencia y cantidad de desagotes de pozos y/o cámaras sépticas del Barrio Villa El Libertador y la discrepancia con la noticia periodística cuya copia se adjunta, (publicada en Diario La Décima; página de Facebook, en los días 28/01/19 y 01/02/19), el Tribunal les requirió a las partes que, en el término de 48 hs., acompañaran al expediente las actas de la “*Comisión Ad Hoc*” que se hubieran realizado con posterioridad a la N° 62 efectuada el día 14/12/1 (cfr. fs. **4105**).

157)-Por decreto de fecha **05/2/19** (fs. **4029**) el tribunal advirtió a la Municipalidad demandada que, de los informes semanales de desagotes y de la planilla del estado de bombas agregados a fs. **4001** y **4007**, surgía que desde el mes de noviembre **sólo estaba funcionamiento una de las cuatro bombas para regularizar el nivel de napas; por lo que la intimó para que adopte las medidas pertinentes para regularizar dicha situación.**

158)-Con fecha **13/2/19** (fs. **4106**), se requirió a la Municipalidad que explique la contradicción habida entre lo manifestado por ella respecto del correcto funcionamiento de las bombas de depresión de napas y los informes presentados con las Actas de la “*Comisión Ad Hoc*” N° 60 (del 30/11/18), N° 61 (del 07/12/18) y N° 62 (del 14/12/18), en las que se consignó que tres de las cuatro bombas para regularizar el nivel de napas existentes no estaban en funcionamiento desde noviembre de 2.018. Asimismo, el Tribunal citó a los representantes de las partes a una audiencia para el día **18/02/19** (fs. **4107**).

159)-La Municipalidad demandada comparece el 14/02/19 y contesta a lo requerido precedentemente, indicando que se ha verificado que tres de las cuatro bombas existentes estaban funcionando normalmente, y que la cuarta bomba se encontraba fuera de servicio y en reparación (fs. 4112).

A continuación (fs. **4113**) informa que la aprobación por parte del P.E.M. del acuerdo celebrado el 28/12/18 -tramitado en expediente N° 006124/19- está en instancias previas al dictado del instrumento respectivo. Asimismo, a fs. **4159** acompaña las Actas N° **63** (del **21/12/18**) y **64** (del **04/02/19**).

160)Con fecha **18/02/19** comparece el representante de la Provincia (fs. 4178) y agrega el Acta de la “*Comisión Ad Hoc*” N° 65 (del 11/02/19), en la que consta que la Municipalidad de Córdoba no se hizo presente con representante alguno, pese a estar anoticiada, por lo que no se pudo tratar el tema que estaba previsto para esa reunión, el que consistía en la presentación, por parte de los representantes municipales, del avance de obras de dren, cloacas, relevamiento territorial y funcionamiento de bombas de depresión y del tratamiento de la situación y el marco actuación de Defensa Civil.

En consecuencia, los asistentes a la mesa de coordinación requieren al Tribunal que se inste a la Municipalidad a que adopte acciones concretas de intervención en sus diversas áreas de actuación: Defensa Civil, hábitat, servicios de desagotes cloacales, obras cloacales, etc.; y para que concurra a las reuniones un funcionario con poder de decisión.

161)-Por otro lado, el amparista Acosta hizo presente que la Municipalidad no ha dado respuesta a los reclamos de los vecinos por la demora en los desagotes. Se manifiesta que es la Provincia de Córdoba quien, a través del Ministerio de Desarrollo Social, el Ministerio de Servicios Públicos, la Secretaría de Ambiente y Cambio Climático, realiza todas las acciones que se despliegan en resguardo de la salud y la integridad de los vecinos, que se enumeran, entre los que se encuentra la asistencia a los familiares del vecino fallecido el día 07/02/19.

Se destaca lo referido por el Sr. Acosta, respecto de que lo que efectivamente hace la Municipalidad es brindar el servicio de desagotes, de manera esporádica, que llega de manera aislada y tardía. Dice él que ésta no hace lo que se comprometió a hacer; y que las obras su a cargo están paradas y sin ejecución (obras de dren y desagotes). Se añade que nunca existió contención social por parte de la Municipalidad en el barrio. Que el equipo interdisciplinario que, en el marco del amparo, se com-

prometió para relevar la situación de los vecinos, nunca se hizo presente en el sector; ni aún después del fallecimiento de un vecino y del desmoronamiento de tres pozos.

Finalmente, se pone de resalto que la Línea 108 de la Municipalidad no atiende a llamados ni a pedidos de los vecinos y que el recurso humano técnico aportado por la Municipalidad es insuficiente y no siempre adecuadamente competente en materia de hábitat, de defensa civil. Que el mapeo de la situación actual del barrio es clave para seguir adoptando decisiones que permitan superar adecuadamente esta situación.

Concluye el acta de la reunión con un requerimiento al Tribunal para que inste a la Municipalidad de Córdoba a asumir las competencias que le son propias, según lo comprometido en las diversas actas surgidas de esa Mesa de Coordinación y lo asumido en el acta de audiencia celebrada en el Tribunal, en fecha 28/12/18; en consonancia con su competencia material.

162)-A fs. **4185** comparece el Dr. Cortés Olmedo, en representación de la Municipalidad de Córdoba, y adjunta un informe de la Dirección de Redes Sanitarias y Gas (Secretaría de Planeamiento e Infraestructura) referido al estado de avance de la obra Red Cloacal "Sector A" (fs. **4179/4181**) y de la obra de Drenajes Lineales, consignando la fecha probable de finalización de ésta (fs.**4182/4184**).

163)-A fs. **4200** se agrega el acta de audiencia convocada por el tribunal, con fecha 18/02/19, en la que se acompañan los actos administrativos a través de los cuales se aprobó el Acuerdo al que arribaron las partes: **Decreto Provincial N° 142 de fecha 14/02/19** y el **Decreto Municipal N° 230, de fecha 18/02/19**.

Se agregan los siguientes documentos:

a)-Copia del acuerdo celebrado entre la Provincia de Córdoba, la Municipalidad de Córdoba y los amparistas en el que se detallan los compromisos asumidos por todas las partes (fs. **4186/4193**);

b)-Decreto Provincial N° 142/19 (fs. 4194/4195), por el que se resolvió: "**Artículo 1°.- APRUÉBASE en todas sus partes el "Acta Acuerdo entre la Provincia de Córdoba, la Municipalidad de la Ciudad de Córdoba y Amparistas de Villa El Libertador, para la Ejecución de Obras Cloacales", celebrada con fecha 28 de Diciembre de 2018 entre la Provincia de Córdoba, la Municipalidad de la Ciudad de Córdoba y Amparistas de Villa El Libertador, en el marco de los autos caratulados "Márquez Héctor y Otros c/ Municipalidad de Córdoba - Amparo (Ley 4915) Expte. N° 2812964, que tramitan por ante la Excm. Cámara Contencioso Administrativa de Primera Nominación de la Ciudad de Córdoba, la que como Anexo compuesto de ocho (8) fojas útiles, forma parte integrante de este instrumento legal. Artículo 2°.- El presente Decreto será refrendado por los señores Ministros de Servicios Públicos, Ministro de Desarrollo Social y Fiscal de Estado. Artículo 3°.- PROTOCOLÍCESE (...)**"; firmado por el Sr. Gobernador, Cr. Juan Schiaretti; El Ministro de Servicios Públicos, Dr. Ing. Fabián López; el Ministro de Desarrollo Social Sergio H. Tocalli y la Sra. Fiscal de Estado Adjunta, Dra. María Soledad Gutiérrez.

c)-Decreto Municipal N° 230/19 (fs. **4196/4198**), por el que se resolvió: "**ARTÍCULO 1°.- APRUÉBESE el convenio celebrado con fecha 28 de diciembre de 2018 entre la Provincia de Córdoba, la Municipalidad de Córdoba y los amparistas, en el marco de la causa judicial "MÁRQUEZ HÉCTOR Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE CÓRDOBA - AMPARO (EXPTE. N°2812964)" en trámite ante la Cámara Contencioso Administrativa de 1ª Nominación, el que consta en ocho (8) fojas útiles en anverso y reversos y forma parte del presente Decreto.- ARTÍCULO 2°.- PROTOCOLÍCESE (...)**"; firmado por el Sr. Intendente Municipal, Dr. Ramón Javier Mestre, y por el Secretario de Planeamiento e Infraestructura, Ing. Omar A. Gastaldi.

164)-Con fecha **19/02/19** el tribunal corrió vista a la Municipalidad de Córdoba de lo manifestado en el Acta de la "**Comisión Ad Hoc**" N° 65, a la que contesta a fs. 4207, negando en forma detallada las omisiones que se le atribuyen en aquélla.

165)-Con fecha **28/2/19** (fs. **4208/4209**) comparece espontáneamente el Defensor del Pueblo de la Provincia, Mario A. Decara, y ofrece como instancia de resolución de los conflictos que se pudieran suscitar a partir o en el marco del acuerdo celebrado en autos, los servicios de profesionales expertos en conflictos sociales urbanos; esto es, los mediadores de su Centro. Por tal razón, propone a la Defensoría del pueblo para la tarea descripta, teniendo en cuenta que es un centro público de mediación, y que

a diferencia de los otros centros públicos que existen, no depende ni del Poder Ejecutivo Provincial ni del Departamento Ejecutivo Municipal.

166)-A fs. 4221 comparece la Provincia de Córdoba. Acompaña del Acta N° 66 de la “Comisión Ad Hoc”, de fecha 25/02/19 (fs. 4219/4220), en la que se trataron: el procedimiento para autorizar la conexión cloacal; el protocolo de Protección de Intervención de Defensa Civil y las acciones para ordenar desalojo; las medidas de seguridad para vecinos y la descripción de los relevamientos de obras.

Solicita al Tribunal que disponga la homologación del Convenio de fecha 28/12/18.

167)-Con fecha 01/03/19 la Municipalidad de Córdoba y la parte actora solicitan la homologación del referido Convenio (fs. 4222 y 4223, respectivamente).

VII.- No es necesario reiterar las razones en virtud de las cuales las partes originalmente sustentaron sus respectivas posiciones, sobre las que así- se ha trabado la litis, por haber sido ya suficientemente explicitadas al hacer la relación de la causa. A ellas me remito en honor a la brevedad.

Refiero, además, a la lectura de los respectivos escritos de las partes, conforme lo autoriza el art. 329 del C. de P. C. y C., aplicable por remisión del art. 13 de la Ley N° 7.182 y el art. 17 de la Ley N° 4.915; sin perjuicio de lo cual, volveré sobre cada una de estas piezas particulares al hacer el análisis de la causa, cada vez que lo considere necesario.

VIII.- En autos, desde mi perspectiva y “*ab initio*”, parecía haber una controversia que, con el devenir de la causa y los actos cumplidos en ésta por todas las partes, se mostró que era sólo aparente.

Lo que vi, en una primera y apresurada lectura, como lamentablemente impone la figura de la acción de amparo, que privilegia lo ostensible, lo obvio, y relega para otros ámbitos procesales el estudio concienzudo de la materia en debate, parecía ser -en efecto- una pugna.

Por un lado, aparecía el derecho a la salud y a una vida digna de los vecinos de Villa el Libertador, y, por el otro, la elección (constitucionalmente reconocida) que las Administraciones (que han sido electas por el voto popular) tienen para ejercer su facultad de determinar cuándo, dónde, y en qué medida (cuánto) pueden o deben asignar los recursos económicos de los que disponen presupuestariamente.

IX.- Cuantiosa doctrina y jurisprudencia se ha producido sobre dicotomías como ésta. No creo necesario tomar posición sobre alguna de las posturas que han sido profundamente expuestas, en uno u otro sentido. Mi cometido se ciñe a resolver esta causa, según los hechos que se han presentado ante mí, aquí, los que debo aprender según mi leal saber y entender (nada más que eso es la “*sana crítica*”). Todas las otras elucubraciones se las dejo a los juristas, que seguramente sabrán hacerlo -o ya lo han hecho- mejor que yo.

En tal derrotero, vinieron a mi mente los siguientes interrogantes, entre muchos otros: ¿Cuál es la verdad objetiva que se presenta en esta acción? ¿Tratándose de una cuestión ambiental, que esencialmente hace al derecho a la salud de la población de Villa El Libertador y alrededores, existe verdaderamente una divergencia de intereses entre las partes?; ¿Han mostrado los hechos, más que los actos procesales, que en verdad existe un diferendo entre lo que una parte requiere fundándose en normas de superior rango, y la otra que se lo niega, también basándose en prerrogativas que le están dadas por normas de rango directriz?

X.- Así no lo creo. La larga exposición de todo lo que se hizo en este juicio es para mí reveladora de que en -en rigor- no hubo controversia, sino desinteligenacias. Hubo -sí- por parte de las administraciones involucradas, una clara demora en atender oportunamente los requerimientos de sus administrados.

Eso no debió haber ocurrido, lo sé; pero entre lo ideal y lo posible, especialmente en nuestro amado país, hay un gran trecho. Esta acción de amparo creo que ha venido a completar ese tramo vacío. La actuación del sistema republicano que los argentinos hemos abrazado, creo que le impone al Poder que represento -el Judicial- la obligación de llenar, de completar, las falencias que se pueden producir en la actuación del resto de los Poderes que la Constitución ha establecido para nuestra Provincia.

XI.- Cuando esta acción de amparo se inició, la problemática de Barrio Villa El Libertador era angustiante; producto -quizás- de la falta de planificación y proyectos integrales que ha aquejado a esta barriada de Córdoba desde sus mismos orígenes. Desde que fue inicialmente creada como una

mera herramienta de marketing, sin tomar en cuenta las necesidades básicas de la gente que allí fue a vivir ni las características morfológicas del terreno donde se hacían las viviendas.

Concebido originalmente como un barrio “*extramuros*”, así devino la historia de Villa El Libertador (llamada de tal modo desde 1.950 en homenaje al centenario de la muerte del General San Martín, pero que antes se denominaba “*Villa Forestieri*”, tomando el nombre del comerciante textil que la pergeñó en la década de 1.930).

Toda la historia de este barrio es una de carencias, de lucha continua para lograr los servicios públicos esenciales que permiten vivir dignamente y con salud a sus pobladores.

La situación ambiental-sanitaria que ha motivado este amparo no es -por lo tanto- el fruto de la desidia o desinterés de las actuales administraciones provincial y municipal. Es el resultado acumulado de décadas de olvido y postergación.

Pero, con esta instancia, la cosa cambió.

XII.- Aquí, un grupo de vecinos de Villa El Libertador decidió incoar este amparo, provocando así a que el Poder Judicial actuara, en el marco ineludible del estado republicano y solidario que la Provincia de Córdoba -y de consuno, la Municipalidad de la Ciudad de Córdoba- han adoptado para regular y equilibrar su funcionamiento.

De estas notas distintivas del Estado (“*lato sensu*”) que los cordobeses hemos elegido se deriva, como regla operativa esencial, que las Administraciones (en todas sus manifestaciones o estamentos) tienen la latitud suficiente para elegir cuándo, dónde y en qué medida ejercen las atribuciones/deberes que les competen; salvo -claro está- que al hacer (o no hacer) se excedan los estándares de razonabilidad a los que también están sujetas.

Es en este punto donde se abre la posibilidad de actuar del Poder Judicial, quien puede así revisar si lo hecho o no hecho por las Administraciones es legal, constitucional y respetuoso de las convenciones internacionales; y, en caso negativo, fijar las pautas para que aquellas ajusten sus conductas o acciones a los imperativos de mayor rango.

XIII.- Por supuesto, ello no implica que el Poder Judicial pueda inmiscuirse en decisiones que constitucionalmente les son ajenas. En casos como el que nos ocupa, según mi concepción, lo que hacemos como jueces es enderezar (apuntar, dirigir, corregir) el actuar de las Administraciones hacia la consecución del fin del que se habían circunstancialmente apartado o no habían tenido suficiente en cuenta; pero dejándole a éstas naturalmente- la elección de los medios y recursos necesarios para arribar al razonable resultado apetecido; no sólo porque así está estructurado el sistema, sino también porque son ellas las que cuentan con los recursos técnicos y financieros para hacer frente a los problemas de los ciudadanos.

XIV.- Así es porque el Poder Judicial no debe -en principio- decir cuándo y cómo gastar los fondos públicos (coyuntural o estratégicamente), sino señalar y compeler a corregir el rumbo cuando algo que debió ser considerado no lo fue, o lo fue insuficientemente.

Con tales importantes directrices interpretativas, en las que creo firmemente porque considero que perfilan el mejor sistema posible, debemos analizar el presente amparo.

En tal dirección, vemos que una vez iniciada esta acción, celebradas las audiencias de las que ya di cuenta; ordenada (y luego ampliada y precisada) la medida cautelar dispuesta por el Tribunal, ambas administraciones demandadas tomaron el toro por las astas y se pusieron de lleno a realizar las acciones imprescindibles para proveer a los habitantes de ese barrio una cobertura adecuada a los parámetros que en materia de salud y seguridad les garantiza la Constitución de la Provincia; acatando y actuando las directivas del Tribunal.

XV.- Aunque en un análisis superficial podría parecer que el actuar de las demandadas constituyó una reacción a la acción de amparo instaurada, la conducta que desplegaron con posterioridad -como lo revelan las constancias del juicio- ha demostrado su compromiso para lograr una solución integral al problema de base.

Y está muy bien que así sea, porque el sub-lite no es un caso donde se juzga la sola relación de alguien que se considera afectado por la acción o inacción de Estado en sus diversas manifestaciones o jurisdicciones. En definitiva, éstas no son más que construcciones intelectuales para asignar responsabilidades y prerrogativas. Para los ciudadanos comunes, los administrados legos, el Estado "*lato sensu*" constituye algo abstracto, ideal, pero que bien saben que los debe contener, que los debe proteger; no únicamente como personas individuales sino también como integrantes de un colectivo mucho más grande y abarcativo: como ciudadanos (aunque, lamentablemente, algunos no puedan aprehender la dimensión de este último concepto, y me refiero a quienes vandalizan, contaminan o destruyen lo que sus pares logran con denodado esfuerzo).

XVI.- En consecuencia, esta acción no solamente involucra -como actores y procesalmente como "*parte*" formal- a quienes firmaron la demanda, sino también a todos los vecinos de la populosa barriada de la que forman parte (Villa El Libertador); pues la solución técnica del problema que aqueja a los actores formales no puede darse sin proporcionar -al mismo tiempo- la misma respuesta al resto de los vecinos no amparistas que también están directamente afectados por la problemática ambiental. Sería ilusorio y hasta absurdo que únicamente se hiciera una red de cloacas para los amparistas. De lo que se trata -nada más ni nada menos- es salvaguardar el medio ambiente de la zona en cuestión y, así, la salud de su población. No puede ser de otra manera, pues el medio ambiente es un beneficio que no es divisible; su lesión afecta a todos.

Un ejemplo basta para clarificar esta afirmación: Los pozos negros de Villa El Libertador (utilizados por sus habitantes debido a la ausencia de un sistema cloacal) no sólo los afecta a ellos directamente cuando por su sobreuso o por la elevación de las napas de agua (sea cual fuera la razón que provoca este fenómeno: demasiadas lluvias en la cuenca colectora, insuficiencia del suelo, etc.), aquéllos (los pozos) colapsan provocando que sus efluentes entren en las viviendas y se deriven al exterior, a la vía pública. Esta situación incide negativamente, también, sobre un número indeterminado (pero indudablemente considerable) de habitantes de Córdoba que se ven secundariamente impedidos de usar o aprovechar esa agua subterránea por estar altamente contaminada.

XVII.- Por consiguiente, considero que no estamos frente a un procedimiento "*corriente*"; entendiendo por tal al que solo atañe a los administrados individualizados frente a la Administración.

La materia que en este juicio se ha ventilado tiene una trascendencia mayor.

Involucra no sólo a los vecinos de Villa El Libertador y barrios aledaños, sino a todos los habitantes de esta ciudad.

El Tribunal Superior de Justicia desde hace mucho tiempo (cfr. Sent. N° 99/98 in re "*Carranza Raúl Ernesto...*", entre una miríada de fallos) ha postulado que la Administración se encuentra subordinada a todo el orden jurídico. Así también lo ha entendido esta Cámara de manera reiterada.

Por lo tanto, y dada la trascendencia de lo que se impetra en el sub exámine, las facultades del Tribunal no están limitadas por el derecho invocado por las partes, sino que debe considerar la totalidad del marco jurídico aplicable, en todas sus jerarquías y como una unicidad, conforme lo mandan los principios de la legalidad objetiva y el de "*curia novit iura*".

XVIII.- Desde esa perspectiva, veamos ahora el marco jurídico que resulta de aplicación en el sub-exámine, atendiendo en primer lugar a las normas que prevalecen por su jerarquía; las que contienen y proporcionan la referencia principal para la resolución de la problemática, son las siguientes, cuyas partes que considero más pertinentes al caso me permitiré transcribir:

1)-Art. 41 de la Constitución Nacional: "*Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la Ley.*"

"Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y a la información y educación ambientales."

“Corresponde la Nación las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales...”

2)-Art. 43 de la Constitución Nacional: *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez, podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.”*

“Podrán interponer esta acción, contra cualquier forma de discriminación en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y forma de su organización.”

3)-Art. 11 de la Constitución Provincial: *“El Estado Provincial resguarda el equilibrio ecológico, protege el medio ambiente y preserva los recursos naturales.”*

4)-Art. 19 de la Constitución Provincial: *“Todas las personas en la Provincia gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio: 1) A la vida desde la concepción, a la salud, a la integridad psicofísica y moral...”*

5)-Art. 59 de la Constitución Provincial: *“La salud es un bien natural y social que genera en los habitantes de la Provincia el derecho al más completo bienestar psicofísico, espiritual, ambiental y social...” (...)* *“El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, e incluye el control de los riesgos biológicos sociales y ambientales de todas las personas, desde su concepción. Promueve la participación de los sectores interesados en la solución de la problemática sanitaria.”*

6)-Art. 66 de la Constitución Provincial: *“Toda persona tiene derecho a gozar de un medio ambiente sano. Este derecho comprende el de vivir en un ambiente físico y social libre de factores nocivos para la salud,”*

“El agua, el suelo y el aire como elementos vitales para el hombre, son materia de especial protección en la Provincia.”

(...)

“Para ello, dicta normas que aseguren:”

(...)

“4. La asignación prioritaria de medios suficientes para la elevación de la calidad de vida en los asentamientos humanos.”

7)-Art. 186 de la Constitución Provincial: *“Son funciones, atribuciones y finalidades inherentes a la competencia municipal: ... 7. Atender las siguientes materias: salubridad; salud (...) protección del medio ambiente, paisaje, equilibrio ecológico y polución ambiental ...”*

8)-Art. 8 de la Carta Orgánica Municipal de la Ciudad de Córdoba: *“Los derechos y garantías reconocidos en esta Carta Orgánica son de aplicación operativa, salvo cuando sea imprescindible su reglamentación.”*

9)-Art. 9 de la Carta Orgánica Municipal de la Ciudad de Córdoba: *“Los vecinos, protagonistas y artífices de la vida cotidiana y el destino común de la Ciudad, sentido y razón de ser del Municipio, gozan de los siguientes derechos conforme a las Ordenanzas que reglamenten su ejercicio, a saber:”*

“1. A la educación, la cultura, la salud, la promoción social, al ambiente sano, al desarrollo sustentable, la práctica deportiva y recreación.”

(...)

“8. A acceder equitativamente a los servicios públicos, participar en su control y gestión.”

10)-Art. 28 de la Carta Orgánica Municipal de la Ciudad de Córdoba: *“El Municipio procura para los vecinos un ambiente sano y equilibrado que asegure la satisfacción de las necesidades presentes, sin comprometer las de generaciones futuras. Por lo cual, corresponde al Municipio:”*

"1. Proteger el ecosistema humano, natural y biológico, y en especial el aire, el agua, el suelo y el subsuelo; eliminar o evitar todos los elementos contaminantes no aceptables que puedan afectarlo. El daño ambiental genera prioritariamente la obligación de recomponer según lo establezca la legislación." (...)

XIX.- Pero aún al entramado constitucional deben agregarse otros preceptos que hoy tienen rango equivalente.

Me refiero, concretamente, a los que emanan de tratados internacionales con potencias extranjeras, que por imperio de los arts. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (según la modificación introducida en 1.994), son también leyes fundamentales de la Nación.

En el sub exámine, estando en juego el derecho humano fundamental a la salud y por ende a la vida, tenemos que tener en cuenta también el art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y el art. 12, inc. 1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por Ley Nacional N° 23.054; el art. 6, punto 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

XX.- Las normas infraconstitucionales que aquí son también de aplicación, en mi opinión, están encabezadas por **la Ley Nacional General del Ambiente N° 25.675** sancionada el 06/11/02, promulgada parcialmente por Decreto N° 2.413 el 27/11/02, y publicada en el B.O. el 28/11/02, entre cuyos objetivos expresos se halla el de *"Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria..." (art. 2, inc. "b")*, y que en su **art. 3** indica: *"La presente ley regirá en todo el territorio de la Nación, sus disposiciones son de orden público, operativas y se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica sobre la materia, la cual mantendrá su vigencia en cuanto no se oponga a los principios y disposiciones contenidas en ésta."*

El otro precepto de esta ley que considero especialmente relevante para el caso es el **art. 4**, que establece: *"La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: ..."*

De la enumeración que aquí hace la ley me permito transcribir los que creo tienen particular gravitación en el sub exámine.

"Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir."

"Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos."

"Principio de solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos."

Finalmente, tenemos el **art. 5°** de la misma ley, que reza: *"Los distintos niveles de gobierno integrarán en todas sus decisiones y actividades provisiones de carácter ambiental, tendientes a asegurar el cumplimiento de los principios enunciados en la presente ley."*

XXI.- La principal normativa provincial de aplicación directa en autos es la **Ley N° 10.208**, cuyo contenido más pertinente al caso es el siguiente:

"Art. 1°.- La presente Ley determina la política ambiental provincial y, en ejercicio de las competencias establecidas en el artículo 41 de la Constitución Nacional, complementa los presupuestos mínimos establecidos en la Ley Nacional N° 25.675 - General del Ambiente-, para la gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable que promueva una adecuada convivencia de los habitantes con su entorno en el territorio de la Provincia de Córdoba."

"Art. 2°.- La presente Ley es de orden público y se incorpora al marco normativo ambiental vigente en la Provincia - Ley N° 7343, normas concordantes y complementarias-, modernizando y definiendo los principales instrumentos de política y gestión ambiental y estableciendo la participación ciudadana en los distintos procesos de gestión."

“Art. 3º.- La política ambiental provincial establece el cumplimiento de los siguientes objetivos:”

“a) Reafirmar el cumplimiento de los presupuestos mínimos contenidos en la Ley Nacional N° 25.675 -General del Ambiente-;”

“b) Asegurar el cumplimiento de los principios rectores para la preservación, conservación, defensa y mejoramiento del ambiente -establecidos en la Ley N° 7343 y sus modificatorias- y en el marco normativo provincial ambiental vigente;”

“c) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras en forma prioritaria;”

“d) Promover la participación ciudadana en forma individual y a través de organizaciones no gubernamentales, académicas y científicas, actores y diversos sectores que afecten el ambiente, para la convivencia de las actividades humanas con el entorno, brindando información ambiental, fortaleciendo las vías de acceso a la información y exigiendo su obligatoriedad en los procesos administrativos de gestión ambiental;”

“Art. 4º.- La ejecución de la política ambiental provincial garantizará para su desarrollo el cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Ley Nacional N° 25.675 -General del Ambiente- y sus presupuestos mínimos, tales como:”

“a) Principio de congruencia: la legislación provincial, municipal y comunal referida a lo ambiental debe ser adecuada a los principios y normas fijados en la Ley Nacional N° 25.675 -General del Ambiente-; en caso de que así no fuere, ésta prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga;”

“b) Principio de prevención: las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir;”

(...)

e) Principio de progresividad: los objetivos ambientales deben ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos;”

(...)

“i) Principio de solidaridad: la Provincia, los municipios y las comunas son responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos...”

“Art. 5º.- El diseño, formulación y aplicación de las políticas ambientales deben asegurar la efectiva aplicación de las siguientes premisas:”

“a) El respeto de la dignidad humana y el mejoramiento continuo de la calidad de vida de la población;”

“b) La protección de la salud de las personas previniendo riesgos o daños ambientales;”

(...)

“j) El carácter transversal de la gestión ambiental, por lo cual las cuestiones y problemas ambientales deben ser considerados y asumidos integral e intersectorialmente al más alto nivel, no pudiendo ninguna autoridad eximirse de tomar en consideración o de prestar su concurso a la protección del ambiente y la conservación de los recursos naturales;”.

XXII.- Tenemos así que el art. 41 de la C.N., ya transcripto, situado por la Reforma de 1.994 en un novel Capítulo de la parte dogmática llamado *“Nuevos Derechos y Garantías”*, consagra como derecho subjetivo de todos los habitantes el derecho a un ambiente sano; lo que queda ratificado al incluirse este derecho entre las situaciones subjetivas que pueden protegerse a través de la acción de amparo, y al indicar quiénes están legitimados para deducirla (art. 43 ib.). Considero, dada la magnitud del derecho resguardado, que este precepto constitucional es operativo *“per se”*; más allá de que haya sido desarrollado mediante las normas inferiores -también ya referidas- que no lo enervan sino lo complementan.

Nos dice Bidart Campos acerca de este artículo: *“Sobre todo los jueces deben desplegar un prudente activismo judicial en sus interpretaciones aplicativas y, partiendo de la fuerza normativa de la constitución y de la explícita definición que ella hace del “derecho” de todos los habitantes al ambiente, hacer cumplir el deber*

de preservación que se les imputa, tanto como el de las autoridades para proveer a la protección. Los jueces son "autoridades", y la tutela que han de prestar no puede quedarles impedida por insuficiencia o ausencia de la ley. Cuentan con la constitución, y han de cumplirla" (Bidart Campos, Germán J.; ob. "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", tomo VI, pág. 301; Ed. Ediar; Bs.As., 1.997).

De tal modo, la norma en cuestión impone la obligación, a los particulares y a las "autoridades" (concepto amplísimo que involucra a todas las jurisdicciones, poderes y estamentos) de proteger el ambiente realizando las prestaciones positivas necesarias a tal fin.

Lo que ocurre es que la Constitución Nacional como la Provincial, como viéramos, al crear el derecho a un ambiente sano para todas las personas, establecieron simultáneamente un deber para el Estado, quién tiene la responsabilidad de cumplir con sus obligaciones a fin de garantizar el ejercicio de aquél derecho por la comunidad.

Su incumplimiento genera para las autoridades una clara responsabilidad por omisión.

XXIII.- Para garantizar el derecho de "toda persona" a un ambiente sano (vale decir, de la comunidad), resulta ineludible la actuación administrativa; especialmente cuando la lesión al ambiente proviene de la falta de prestación de un servicio público, como ocurre en el sub-lite.

También dice Bidart Campos que *"Todo este conjunto [el ambiente] necesita aprehenderse amplia y benévolamente para brindarle la cobertura de protección que inferimos del art. 41. Para que así sea no tenemos que aferrarnos a la letra ni a las palabras, y si acaso algo falta en ellas, está el espíritu de la Constitución, más sus silencios e implicitudes, para colmar en plenitud el derecho al ambiente que consigna la norma."* (ob. cit.; pág. 298).

El ambiente, también lo hemos visto, está especial y explícitamente tutelado por los arts. 11 y 66 de la Constitución Provincial.

XXIV.- Obviamente, la necesidad de proteger el ambiente surge porque es en él donde el hombre vive y se desarrolla, lo que significa -nada menos- que al proteger al ambiente, también se protege al hombre; principalmente a su salud y por ende a su vida misma, que es el valor supremo. El inescindible vínculo entre ambiente y salud surge evidente en el texto de los arts. 59 y 66 de la Constitución Provincial, antes citados.

XXV.- Ello nos lleva a analizar los principios que resultan especialmente aptos en esta materia, para conjugar la ineludible necesidad de proteger la salud, protegiendo el ambiente.

Los principios son ideas directrices, que operan como justificación racional de todo el ordenamiento jurídico; son, pues, pautas generales de valoración jurídica; son líneas fundamentales e informadoras de la organización (Prado, Juan José y García Martínez, Roberto; Ob. "Instituciones de derecho privado", Cap. III, pág. 31; Principios Generales del Derecho; Ed. Eudeba; Bs.As., 1.985). Son las razones, criterios o justificaciones de una regla del obrar humano que debe operar en determinada circunstancia de tiempo y lugar. Son las *"...razones que justifican decidir una cuestión en un sentido o en otro y que no necesariamente se encuentran positivados"* (Esser, Josef; ob. "Principio y norma en la elaboración jurisprudencia del Derecho Privado", pág. 57; Ed. Bosch; Barcelona, 1.961).

Como vimos, en la Ley "General del Ambiente" N° 25.675 (de **orden público**, según su art. 3), al igual que la Ley Provincial N° 10.208, contiene una serie de principios de política ambiental que *"...se utilizarán para la interpretación y aplicación de la legislación específica..."* (art. 3 ib.; adviértase la connotación imperativa), debiéndose, asimismo, tener en cuenta que el art. 4 ib. establece que *"La interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios: ..."* (textual, el énfasis es mío).

XXVI.- Con todo este bagaje normativo de primer orden, y doctrinario, es que el tribunal ha abordado la cuestión de autos.

Fácil hubiera sido, porque las deficiencias en el barrio eran ostensibles y no se requería de mayor prueba, dictar una sentencia que conminara a las demandadas a satisfacer las pretensiones de las partes en un plazo que el tribunal autónomamente fijara de acuerdo a su leal saber y entender. Sin embargo, creo que el cumplimiento de dicha sentencia, en la práctica, se habría visto dilatado por las consabidas

demoras procesales debidas a recursos, incidentes, etc.; además de las dificultades que habrían surgido para compeler a las administraciones a que elaboraran los proyectos técnicos necesarios, lo que ponía en cabeza del tribunal la verificación de su aptitud para la solución del problema, circunstancia que -a su vez- la designación de peritos para cumplir tal tarea. Todo ello, amén del tiempo que les podía llevar a las administraciones conseguir la financiación de las obras.

No fue este el camino que siguió el tribunal. Por el contrario, siempre buscando un adecuado equilibrio, se sopesaron las necesidades de la población y las posibilidades de las administraciones para satisfacer, respecto de aquellas, primero las que resultaren acuciantes, mientras se estudiaban y diseñaban soluciones definitivas.

Ha actuado siguiendo los principios liminares de la materia ambiental y actuado el rol que le cabe en tales cuestiones.

Ha dicho la doctrina: La posición que considero debe adoptar el Tribunal en materia ambiental (y es la que se ha plasmado desde el comienzo de la tramitación esta causa) no es original ni voluntarista: ni -menos aún- huérfana de fundamentos doctrinarios.

Así, María Silvina Castellano expresa, refiriéndose primero a la concepción estrictamente liberal de lo que debe ser la función de los jueces.

Sobre ésta nos dice: “La Constitución cumple una doble misión: de una parte crear una estructura de poder que diseñó lo fundamental de la organización y el funcionamiento de los poderes dentro del Estado, prescribiendo “quién, cuánto y cómo manda” y determinando “cuál es ese el sistema de creación de normas jurídicas (Kelsen) y en cierta medida el contenido de estas. Al definir el estatuto del Poder, según la expresión de Burdeau, se distinguen facultades, atributos y competencias del Estado y derechos de los particulares. Y de otra, crear una estructura de valores que perfilan ideológicamente al Estado, prefiguran sus metas supremas y priorizan ciertos fines sobre otros, lo cual es decisivo en las misiones que deben cumplir los órganos que integran dicha estructura.”

“Cuando se advierte la insuficiencia de esa ideología para dar respuestas a las necesidades de las sociedades y se avanza al Estado social de derecho también se evidencia que el rol del juez, para que el proceso sea una respuesta racional y efectiva, debe ser modificado pasando ocupar un papel activo y de dirección. Estas nuevas ideas sobre el lugar que debe tener son resultado de resaltar que el proceso no satisface únicamente intereses privados si no que su justa solución proyecta sus efectos sobre la comunidad toda.”

“Se de buscar, por tanto, un “juez más humanizado”, ya que la auténtica función judicial no se aprende solamente en textos jurídicos y en obras de gran valor científico, sino que tiene que estar unida a la experiencia y riqueza de la vida. Consecuentemente, un juez debe estar inserto en la vida diaria, en el momento que le ha correspondido vivir, actuando intensamente sobre el presente que tiene en sus manos.”

“La realidad social que rodea al hombre de hoy necesita de una nueva forma de aplicación y de interpretación de las normas, más abierta, que requiere de la justicia y de una organización estatal que sólo tiene auténtico porvenir desde el Estado de derecho, cuyos garantes custodios son los jueces.”

“Al hablar de función judicial, prefería cambiar el término por el de “rol del juez”. Eso es, exactamente, el trabajo fundamental de un juez: ser un enviado a la vida diaria para transmitir la buena noticia de una sociedad de justicia y de un estado de derecho sin discriminaciones, que se hace y forma diariamente, en la vida profesional de juez.”

“El Juez es el personaje central del proceso jurisdiccional. El es el protagonista de mayor desempeño en la historia iniciada por las partes a esperas de un desenlace por parte de la jurisdicción.”

“Los jueces integran uno de los tres poderes del Estado y no pueden desentenderse del objeto propio de su organización política y jurídica: lograr el bienestar, y si fuera posible, la felicidad de la población. Desde este ángulo, cuando el poder judicial asegura la vigencia del derecho objetivo, cuida también un aspecto esencial del Estado: la calidad de vida de sus habitantes.”

“El juez es el director del proceso y como tal, el encargado de velar que éste se desenvuelva de una manera debida y con el lleno de todas las garantías mínimas las que tienen derecho sus participantes. Es él quien está llamado a proteger y mantener el equilibrio en pro de la paz social.”

“Y esta función o responsabilidad se debe a que el juez está investido de jurisdicción directamente por la carta política que lo faculta para que administre justicia y reintegre el orden a la colectividad.”

Por último, depende del juez ser un instrumento del poder o ser un emblemático de la justicia.” (cfr. Castellano, María Silvina; ob. “La Responsabilidad del Estado Frente al Daño Ambiental. El Rol de Los Jueces.”, pág. 71/73; Ed. Ad-Hoc; Bs.As., 2.014).

XXVII.- Los resultados de la labor cumplida con ese norte están a la vista. Fue así que siguiendo el tempo del desarrollo de la causa que desde su comienzo marcó el Tribunal, fue así que todas las partes involucradas (actores y demandadas) arribaron a un acuerdo que me permito transcribir:

“Entre la PROVINCIA DE CÓRDOBA, representada en este acto por el Ministerio de Servicios Públicos a través del Secretario de Ambiente y Cambio Climático Dr. Lic. Javier Britch; el Sr. Secretario de Recursos Hídricos Ing. Edgar Manuel Castelló, por una parte y “Ad Referéndum” del Poder Ejecutivo, con domicilio en calle Rosario de Santa Fe 650 de la ciudad de Córdoba, en adelante la “PROVINCIA”, la MUNICIPALIDAD DE CÓRDOBA, representada por el Secretaria de Planeamiento e Infraestructura el Ing. Omar Gastaldi y el Director de Redes Sanitarias y Gas el Ing. Daniel Bardargi, y “Ad Referéndum” del Departamento Ejecutivo por otra parte, domicilio en Av. Marcelo T. de Alvear Nº 120, en adelante la “MUNICIPALIDAD” y Amparistas de Villa El Libertador representados por su apoderada Dra. María Claudia Brandt, M.P.7291_, constituyendo domicilio en calle Arturo M. Bas 128 9º Piso de la Ciudad de Córdoba, por la otra, en adelante “AMPARISTAS”, en conjunto denominadas “LAS PARTES”, celebran la presente Acta Acuerdo y en consecuencia exponen:”

“CONSIDERACIONES PRELIMINARES:”

“OBRAS EJECUTADAS Y EN PROCESO DE EJECUCIÓN:

“Que con motivo del amparo “MÁRQUEZ HÉCTOR Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE CÓRDOBA – AMPARO (LEY 4915) – EXPTE Nº 2812964”, la PROVINCIA y la MUNICIPALIDAD asumieron diferentes compromisos que han venido desarrollando y a los cuales se ha dado fiel cumplimiento, siendo los resultados comprobables a través de las obras ejecutadas. “

“Así la PROVINCIA, manifiesta que a través de la Unidad Ejecutora de Obras (U.E.O.) del Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos, realizó diversas obras e intervenciones que permitieron para la zona sur de la Ciudad de Córdoba, la ampliación de la capacidad de tratamiento de líquidos cloacales y construcción de colectores troncales de la ciudad de Córdoba – Colector Nexo Villa El Libertador habiendo finalizado su ejecución en noviembre de 2018. Este colector, fue financiado en su totalidad por la Provincia y tiene una longitud de 6.250 metros conformados por conductos de 700 y 800 milímetros de diámetro, que conectado al Colector Sur de la obra básica permitirá llevar los efluentes de Villa El Libertador y de otras barriadas de la zona sur de la ciudad, a saber: Villa El Libertador, Mirizi, Santa Isabel, Cabildo, Santa Rosa, Congreso, Candelaria, San Antonio, Las Huertillas, Cabo Farina, Parque Alameda, Los Olmos Sur, Artigas, Ampliación San Fernando, Las Flores, Horizonte, Parque Latino, Las Flores, Tejas del Sur, Barrancas del Sur, a la Planta de Tratamiento de Líquidos Cloacales de Bajo Grande, actualmente en construcción por cuenta y orden de la Provincia, que duplica la capacidad del Establecimiento Depurador de Aguas Residuales (EDAR). “

“Dicha obra acordada con la MUNICIPALIDAD, logrará mitigar las consecuencias producidas por el alto nivel de la napa freática, además de desactivar la Planta de Tratamiento de líquidos cloacales de Bº Inaudi de esta ciudad, Pozo de Bombeo de San Antonio y la Micro Planta de Tratamiento del Hospital Príncipe de Asturias. Asimismo, la Secretaría de Recursos Hídricos junto con la Secretaría de Ambiente y Cambio Climático ambas de la Provincia, realizó en repetidas oportunidades y en especial en estos últimos años, la limpieza y saneamiento del cauce y márgenes de toda la Traza del Canal Maestro Sur, así como su desmalezamiento y reforestación en el marco de la presente acción de Amparo. Por su parte, la Secretaría de Ambiente y Cambio Climático junto al Ministerio de Desarrollo Social efectuaron relevamiento ambiental de la zona y cada una de las viviendas afectadas.”

“A su vez la MUNICIPALIDAD manifiesta que el Departamento Ejecutivo Municipal dictó el Decreto Nº 2118/16 mediante el cual se declaró -por el término de 180 días- la emergencia ambiental y sanitaria de la zona de Bº Villa El Libertador comprendida entre las calles Calamuchita (al Norte), Virgen de Fátima (al Sur), Francisco de Mauro (al Oeste) y Carmelo de Ibarra (al Este). La que se encuentra vigente por Decreto Nº 2928/18

del 25/09/18, que contempla un plan de mitigación ambiental y sanitaria que forma parte de dicho dispositivo como anexo, cuya copia obra se encuentra incorporada en autos.”

“El aludido plan de mitigación contempla, además del vaciado y limpieza de pozos negros y/o cámaras sépticas, las siguientes medidas; (i) refuerzo y fiscalización del servicio de higiene urbana (colocación de contenedores) (ii) colocación de bombas contenedoras para bajar el nivel de napas; (iii) vigilancia, prevención y tratamiento de enfermedades; (iv) adecuación del sistema de drenajes superficiales; (v) relevoamiento y fiscalización de actividades industriales y servicios generadores de efluentes; (vi) programa de prevención, extensión y educación de buenas prácticas . Las medidas apuntadas vienen siendo ejecutadas por las áreas competentes de la MUNICIPALIDAD (ver Anexo Decreto 2928/18). “

“Asimismo la MUNICIPALIDAD declara que en el marco de la medida cautelar ordenada diagramó un plan de trabajo que permitió realizar al 18/08/18 la cantidad de 16.780 servicios, esto es, un promedio mensual de 880 desagotes de pozos negros y cámara sépticas como así también la colocación de 4 bombas para deprimir el nivel de las napas freáticas.”

“De igual modo la MUNICIPALIDAD desde la Secretaria de Planeamiento e Infraestructura, elaboró un plan de obras tendiente a mitigar la situación sanitaria del referido sector, el mismo contempla las siguientes obras de infraestructura; “

“**Obra de Drenaje Lineal**; la misma consta de una cañería de 1.300 m de longitud, de 200 mm de diámetro y una estación de bombeo para elevar los líquidos al Canal Maestro Sur, con una inversión de más de 13 millones de pesos. Dicha obra permitirá deprimir el nivel freático en forma natural, y permitir así la ejecución de la obra de red cloacal. “

“Esta obra se encuentra en ejecución cuyos avances se desprenden de los informes que obran en autos.”

“A continuación se detallan fechas y datos de los actos administrativos relativos a esta obra:”

“Sistema de Contratación: Ajuste Alzado Plano N° RS 608 M/18”

“Expediente Administrativo: N°008.073/18 Licitación Pública N° 17/18”

“Decreto Licitación N° 971/18 del 03/04/18.»

“Decreto Adjudicación N° 1746/18 del 19/06/18»

“Contrato N° 7876 del 17/07/2018”

“Monto Contractual \$ 16.048.641,57”

“Plazo Contractual 90 días.”

“Fecha Acta de Replanteo 27/08/18.”

“Fecha estimada de terminación 25/03/19.”

“Avance de la obra a la fecha 3.4 %.”

“**Obra de Red Colector Cloacal B° Villa El Libertador**; esta obra está proyectada en 3 sectores A, B y D. “

“Los sectores A y B comprenden las 33 manzanas del área de emergencia. La obra en este sector será financiada con un PRESTAMOS BIRF:

PROGRAMA INTEGRAL DE HABITAT Y SUBSIDIO DE A LA VIVIENDA – PROYECTO VILLA EL LIBERTADOR.”

“Este programa financia el 70% de la obra, siendo el 30% restante a cargo del Municipio.”

“**Sector A**” está conformado por 11 manzanas incluidas en la zona de emergencia. Esta obra consiste en la instalación de la red domiciliaria en el sector indicado. Esta obra equivale al 30% del aporte a cargo del Municipio”

“La misma consiste en la instalación de una red domiciliaria en el sector indicado. Se compone de más de 6.100 metros de cañería de diámetro 160 mm; 400 mm y 500 mm, con una inversión aproximada de \$ 25.000.000. “

“Por Decreto N° 1480/18 del 22/05/18 se dispuso llamar a licitación para la obra en cuestión. Por el Decreto N° 2343 del 10/08/18 se aprobó la adjudicación de dicha obra a la firma ARC S.R.L. por un monto de \$ 25.345.725,39 efectuándose el acta de replanteo de la obra el día 16/10/2018. Fecha tentativa de finalización el día 15/03/19. A la fecha se ejecutaron 336 m lineales de cañería diámetro 500 mm.”

“A continuación se detallan fechas y datos de los actos administrativos relativos a esta obra:”

“Sistema de Contratación Ajuste Alzado Plano N° RS 610 M/18”

“Expediente Administrativo N° 008.072/18 Licitación Pública N° 024/18»

“Decreto Licitación N°1480/18 del 22/05/2018»

“Decreto Adjudicación N° 2343/18 del 10/08/2018”

“Contrato N° 3020 del 06/09/2018»

“Monto Contractual: \$25.345.725,39”

“Plazo Contractual 150 días.”

“Fecha Acta de replanteo parcial 16/10/2018.”

“Fecha estimada de conclusión 15/03/2019.”

“Avance de la obra a la fecha: 12,42 % (384,00 m.l. de red cloacal diámetro 500mm).”

*“**“Sector B”** es la porción restante de la zona de emergencia compuesta por 22 manzanas. La obra en este sector será financiada con fondos del PRESTAMOS BIRF: PROGRAMA INTEGRAL DE HABITAT Y SUBSIDIO DE A LA VIVIENDA – PROYECTO VILLA EL LIBERTADOR, que representa el 70% a cargo de programa.”*

“La obra consiste en la instalación de la red domiciliaria con una extensión de más de 9.000m de cañería.”

“Con fecha 27/11/18 desde la Dirección Nacional de Gestión de Proyectos de Infraestructura Urbana (Secretaría de Infraestructura Urbana dependiente del Ministerio del Interior e Infraestructura de la Nación) se le comunicó al Intendente Municipal la no objeción al procedimiento de consulta vecinal, que tuvo lugar los días 13 a 18 de diciembre del año en curso.”

“Actualmente se está en proceso de elaboración de los pliegos para llamar a licitación de la obra para ese sector.”

“La fecha de iniciación de la obra dependerá de la aprobación y autorizaciones del organismo de crédito internacional, siendo la fecha tentativa de inicio el mes de mayo de 2019. El plazo estimado de conclusión es de 180 días.”

*“**“Sector D”** comprende red colectora domiciliaria para aproximadamente 200 manzanas para atender a 35.000 vecinos. En relación a esta obra el 25/09/17 se firmó acta acuerdo entre el Intendente Municipal y el Administrador de ENOHSA.”*

“Desde la Secretaría de Planeamiento e Infraestructura de la MUNICIPALIDAD, en el marco de las pautas acordadas con ENOHSA, se formalizó la presentación del Legajo Técnico de la Obra “Red Colectora Cloacal y Conexiones Domiciliarias” para el barrio Villa El libertador, dicho trámite lleva los siguientes números de identificación “NO – 2017-00837571-APNGTón NO – 2017-00837571-APNGT ENOHSA (Obra Cañería de Nexo Cloacal 700/800) NO -201700837610-APN-GR (Obra Red Colectora Cloacal Barrio Villa El Libertador)” todo lo cual fue informado a fs. 3559 y siguientes.”

*“**OTRAS ACCIONES:** Por otra parte, cabe destacar que atento al relevamiento de 233 viviendas realizado en el marco de la presente Acción de Amparo y remitido por Defensa Civil Municipal al Ministerio de Desarrollo Social a los fines de contar con ayuda para los afectados, es que, en particular, la Secretaría de Ambiente y Cambio Climático en conjunto con el Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia han efectuado diversas tareas desde la promoción de la acción de Amparo referida, que permitieron, a la postre, mitigar daños ambientales suscitados, paliar situaciones socioambientales del Barrio Villa El Libertador y zonas aledañas, conteniendo al vecino y atendiendo sus urgencias y necesidades, en cuanto le fuera posible y conforme su margen de actuación, tales como: se realizaron talleres formativos con puntaje docente y charlas formativas, capacitación en las distintas escuelas de la zona, se hicieron representaciones de obras de títeres en el marco de la educación ambiental; se recuperaron distintos espacios verdes junto a los vecinos; el desarrollo de diversas y sostenidas acciones de limpieza y reforestación del Canal Maestro Sur, sus márgenes y aguas; relevamiento de las viviendas afectadas, que posibilitó valorar los daños en ellas producidas, de las cuales 20 unidades evidenciaron serio peligro de derrumbe con el consiguiente riesgo para la vida de sus ocupantes y adoptar medidas precautorias. Esta labor, fue posible tras la celebración de dos convenios de colaboración entre la Provincia y el Colegio de Arquitectos*

de la Provincia de Córdoba; según la entidad de afectación y peligro de derrumbe de viviendas, se relevaron y categorizaron éstas, efectuando un mapa crítico de las mismas.”

“Se establecieron instancias directas y fluidas de comunicación entre las instituciones públicas de PROVINCIA y MUNICIPALIDAD, como así, principalmente, con los vecinos de la zona sur en cuestión, conformando una “Mesa de Amparo”. De ésta se desplegaron y consensuaron compromisos y labores comunes, luego que se recogieran instrucciones y/o medidas de autoprotección frente a situaciones de riesgo en viviendas, colapso de aguas servidas en vía pública, acudiendo a herramientas de mitigación y acompañamiento social, a través de información verbal, medios gráficos, boletines y promoción sociocultural en general, en post de apaciguar la situación de crisis.”

“Que, en el marco de este amparo y como medida de inmediatez comunicativa, adopción conjunta de acciones y soluciones –temporarias y/o definitivas y sostenidas en el tiempo, parciales y/o integrativas-, se trazó una mesa permanente de coordinación entre LAS PARTES y que viera reflejada en un total de sesenta y tres (63) Actas a la fecha, los compromisos, acciones, políticas, tareas y gestiones realizadas que exigían la situación a los fines de su pronta solución que, finalmente, concluye en la traza del presente acuerdo. Dichas actas obran en el expediente judicial referenciado, resultando LAS PARTES plenamente conocedoras de ellas y sus alcances.”

“LOS CONVENIOS: Que en el marco de cooperación institucional y atendiendo esta problemática socioambiental que afecta al Barrio de Villa El Libertador de la Ciudad de Córdoba, evidenciado en la acción de amparo promovida por los AMPARISTAS, la PROVINCIA y la MUNICIPALIDAD celebraron un acuerdo denominado “Acta Acuerdo Complementario entre la Provincia de Córdoba y la Municipalidad de la Ciudad de Córdoba para la Ejecución de Obras Cloacales”, con fecha 04 de diciembre de 2018 y refrendado por el Sr.

Gobernador de la Provincia y el Sr. Intendente Municipal, en el cual la PROVINCIA se compromete a ejecutar “Redes Colectoras Cloacales Domiciliarias” para setenta manzanas aproximadamente, correspondientes al área del Barrio Villa El Libertador, habiéndose dado inicio a la ejecución de la primera etapa que comprende veinticuatro (24) manzanas con fecha 19/12/2018 en la zona delimitada en el croquis que constituye el Anexo del convenio que obra incorporado en autos, por hasta la suma de Pesos Doscientos Millones (\$200.000.000), estimándose para la primera etapa un plazo de 150 días y que comprenden las siguientes tareas: excavación de zanjas, colocación de cañerías con cama de arena, relleno y compactación de zanjas, ejecución de bocas de registro con tapas de fundición, conexiones domiciliarias rotura y reposición de pavimentos y rotura y reparación de veredas. Para la segunda etapa se estiman cuarenta y seis (46) manzanas, un plazo de ejecución de 10 meses, definiendo su efectivo emplazamiento en función de diversos factores, tales como, un correcto funcionamiento de la red colectora, abarcando las zonas más críticas en función del estudio de recarga de acuífero y fundamentalmente, siguiendo la evolución de los niveles freáticos, ya que seguramente de acuerdo a cómo se avance con la ejecución de las redes colectoras y su efectiva conexión, existirán modificaciones en la recarga actual del acuífero las que generaran variaciones hacia el resto del área de aporte.”

“Conforme los extremos y obligaciones por parte de la MUNICIPALIDAD que en este mismo acuerdo se consignan, éste Convenio y su Anexo integrativo que obra incorporado al Expediente MÁRQUEZ HÉCTOR Y OTROS C/MUNICIPALIDAD DE CÓRDOBA – AMPARO (LEY 4915) – EXPTE N° 2812964, tiene por antecedente el Convenio Marco y el Acta Acuerdo de fecha 11 de diciembre de 2015, a los cuales complementa.”

“Que, no obstante que el objeto del amparo se circunscribió a que el Tribunal ordene: a) que la Municipalidad de la ciudad de Córdoba declare la emergencia ambiental en Barrio Villa El Libertador y zonas aledañas, y disponga de los recursos necesarios a los fines de dar inicio a las obras de cloacas en el sector y a la reparación de calles dañadas como consecuencia de los desbordes cloacales, b) que el Gobierno de la Provincia entube el Canal Maestro Sur, pero con el propósito de superar toda situación socioambiental adversa, temática que surgió durante el desarrollo del trámite de esta acción de amparo, como así de preocupación social, en una labor mancomunada y de compromisos y políticas desarrolladas coordinadamente, LAS PARTES estiman conveniente arribar a un acuerdo para dar solución global a los problemas motivos de intervención y que se manifiesta en el presente Acuerdo, a los fines de dar solución al problema ambiental y sanitario que aqueja a la zona del Barrio Villa Libertador de esta Ciudad de Córdoba, en el marco de su competencia la Municipalidad ha realizado y realizará las obras que se detallan infra; la Provincia por su parte para colaborar con la solución de esta excepcional problemática ha realizado y realizará las obras que se detallan en la cláusula primera.”

“Las partes se comprometen conforme las siguientes cláusulas, a saber:”

“PRIMERA: La “PROVINCIA” si bien ha finalizado el compromiso asumido de ejecutar el Nexo Colector Villa Libertador, se compromete a través de la Unidad Ejecutora de Obras del Ministerio de Agua, Ambiente y Servicios Públicos, a continuar con la ejecución de la obra de red colector domiciliaria conforme a los términos fijados en el Acta Acuerdo Complementario (definido como Sector C), de fecha 04 de diciembre de 2018 referenciado supra. Con dicha obra, que se encuentra en ejecución proyectándose su culminación en el mes de mayo de 2019, se permitirá la conectividad de un total de setenta (70) manzanas comprensivas del Barrio Villa El Libertador. “

“Asimismo, se compromete a través de Secretaría de Recursos Hídricos a continuar incluyendo dentro de su planificación anual las correspondientes tareas de mantenimiento y limpieza del canal maestro. Tarea que se ha visto agravada en los últimos años debido la problemática de los RSU (residuos sólidos urbanos).”

“Del análisis de la evolución de las tareas asociadas al mantenimiento surge que en los últimos años la acumulación de RSU en los laterales del Canal Maestro Sur principalmente se ha incrementado en forma exponencial. “

“Las tareas de mantenimiento son provistas mediante licitaciones públicas. A tal efecto se han realizado contrataciones de mantenimiento y limpieza conforme surge de los expedientes: 0416-005624/15 “Cobertura para limpieza de canales del sistema de riego capital - zona sur - AÑO 2016”; 0416009560/2017 Readecuación y limpieza de canales del sistema de riego Capital - zona Sur, con este último se mantuvo la zona del Canal Maestro Sur los últimos meses. Para el año 2019 se encuentra en curso una licitación pública bajo el expediente 0733-000003/2018 “Readecuación y Limpieza de Canales del Sistema de Riego Capital (Zona Norte y Zona Sur). “

“En particular en el sector del Canal Maestro Sur en el tramo comprendido entre las calles Av. De Circunvalación y calle el Amanecer, las tareas de limpieza y mantenimiento comprenden el corte de pasto de los laterales del canal y con máquinas excavadoras y camiones se realiza la extracción y transporte de materiales (Residuos sólidos urbanos, cubiertas, restos de vehículos, elementos de gran porte como lavarropas y cocinas, restos de poda, etc.).”

“La continuidad de estas tareas a futuro está garantizada a través de la licitación mencionada y de las tareas que se llevan en conjunto con la Secretaria de Ambiente y Cambio Climático.”

“Las Secretarías de Ambiente y Cambio Climático y Recursos Hídricos, se comprometen a sostener, ejecutar y coordinar las acciones de limpieza y mantenimiento de las márgenes del Canal Maestro Sur, la forestación de esta zona de actuación, como así del Barrio Villa El Libertador en cuanto sea necesario, y continuar con las acciones de educación ambiental, con corte preventivo y reparador.”

“Que el Ministerio de Desarrollo Social se compromete en relación a las viviendas que se encuentran relevadas, afectadas con “riesgo inminente de derrumbe” conforme al relevamiento que obra incorporado en autos y cuyos moradores se niegan a desocuparlas, a ofrecer nuevamente una ayuda económica para hacer frente al costo de alquiler de la vivienda que el vecino seleccione conforme a sus preferencias y con comodidades equivalentes a la que es necesario deshabitar.”

“SEGUNDA: por su parte, la MUNICIPALIDAD se compromete a:

i)-continuar con la ejecución de la Obra de Drenaje Lineal, cuyas características técnicas y estado de avance fueron descriptos precedentemente;

ii)-continuar con la ejecución de la Obra en el Sector “A”; cuyas características técnicas y estado de avance fueron descriptos precedentemente;

iii)- realizar las gestiones necesarias para obtener el financiamiento PRESTAMOS BIRF: PROGRAMA INTEGRAL DE HABITAT Y SUBSIDIO DE A LA VIVIENDA – PROYECTO VILLA EL LIBERTADOR, para la ejecución de la obra en el “Sector “B”, cuyas características técnicas y estado de avance fueron descriptos precedentemente

iv)- instar ante el ENHOSA el financiamiento para la ejecución de obra en el “Sector “D”.

v)-conforme a las previsiones presupuestarias y en base a la ejecución de las mismas, a ejecutar la obra del denominado “Sector D” en el plazo de tres (3) años a partir del llamado a licitación.

vi)-sostener los servicios de desagote de pozos y cámaras sépticas hasta tanto la red cloacal domiciliar se encuentre en funcionamiento.

vii)-continuar con el plan de mitigación y sanitaria dispuesto en el Decreto N° 2928/18 del 25/09/18.

TERCERA: Los AMPARISTAS, con el objeto de poner fin al litigio, manifiestan su conformidad a las obras realizadas por la PROVINCIA y la MUNICIPALIDAD, como así a las comprometidas de hacer y manifiestan en este Acta Acuerdo y dan por satisfecha en su totalidad la pretensión deducida en autos, manifestando que nada tienen que reclamar a las administraciones demandadas como consecuencia de los hechos denunciados en autos. “

“Comprometiéndose a requerir ante la Municipalidad de la Ciudad de Córdoba las autorizaciones correspondientes tendientes a lograr la conexión a la red colectora. “

“Asimismo, por medio de este acto desisten a la pretensión judicial de entubamiento del Canal Maestro Sur; se comprometen a procurar ante los Vecinos del Barrio Villa El Libertador, en un plano de asamblea y organización consensuada, procurar la voluntad social de lograr el mantenimiento limpio del Canal, evitando arrojar basura, destruir lo plantado y clavado en sus inmediaciones y manteniendo el mismo en las condiciones de saneamiento, a los fines de garantizar una convivencia participativa y concertada para con los esfuerzos y acciones desplegadas por la PROVINCIA y la MUNICIPALIDAD.”

“**CUARTA:** LAS PARTES acuerdan que a los efectos de la puesta en práctica de los compromisos asumidos en las cláusulas primera, segunda y tercera se mantendrá la comisión conformada en los presentes autos. “

“**QUINTA:** PLENA VIGENCIA. LAS PARTES manifiestan que la presente Acta Acuerdo de ningún modo altera la vigencia y alcance del Convenio Marco y del Acta Acuerdo de fecha 11 de diciembre de 2015 y Acta Acuerdo Complementaria de fecha 04 de diciembre de 2018, y que sólo es a los fines de complementar los mismos y dar solución definitiva a lo planteado en autos “MÁRQUEZ HÉCTOR Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE CÓRDOBA – AMPARO (LEY 4915) – EXPTE N° 2812964”. “

“**SEXTA:** RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. En caso de diferencias, por razón o en ocasión del presente, previo a toda promoción de ejecución mediante acciones judiciales, LAS PARTES se comprometen a entablar mecanismos de acuerdo directo o medios alternativos de resolución de conflictos, para lo cual dispondrán de un término de treinta (30) días hábiles o los que consideren necesarios de superarse éste, contados a partir de que cualquiera de ellas inste una solicitud en tal sentido. Superado éste, se habilita cualquier acción que al efecto se estime conveniente efectuar.”

“**SÉPTIMA:** JURISDICCIÓN. Las partes firmantes a efectos de dar ejecutoriedad al presente convenio, se comprometen a solicitar su homologación judicial ante la Cámara Contencioso Administrativa de 1° Nominación interviniente. Una Vez Homologado será ejecutable para las partes, por ante los mismos tribunales ordinarios, con renuncia expresa a cualquier fuero de excepción que pudiera corresponderles.”

“En prueba de conformidad con las cláusulas precedentes, se firma el presente convenio en cuatro (4) ejemplares de igual tenor y a un mismo efecto, en la Ciudad de Córdoba, a los 28 días del mes de diciembre de 2018.-” XXVIII.- Las partes solicitaron la homologación de este acuerdo. Así lo hicieron la Municipalidad de Córdoba (fs. 4222), la Provincia (fs. 4221) y la representante de los actores (fs. 4223).

XXIX.- De tal modo, habiéndose sustraído la materia justiciable dada la forma en que fue peticionada la resolución de este amparo: “1.- Que la Municipalidad de la ciudad de Córdoba declare la emergencia ambiental del barrio Villa El libertador y zonas aledañas y disponga de los recursos necesarios a los fines de dar inicio a las obras de cloacas en el sector y a la reparación de calles dañadas como consecuencia de los desbordes cloacales...” (textual cfr. fs. 16 de autos) corresponde en este estado homologar el acuerdo que ha transcrito en el punto “XXVII” del presente, el que no merece reparo alguno.

XXX.- No obstante, para una mejor realización del mismo, y atento el ofrecimiento que realizó el Defensor del Pueblo (cfr. punto “VI-165” del presente) creo útil que la resolución de conflictos que se pudieran presentar, de los que da cuenta el punto “VI” del Acuerdo que se va a homologar, así como las diferencias de que lleguen a suscitarse en el funcionamiento de la Comisión que subsiste funcionando, mencionada en el punto “IV” del Acuerdo, las partes deberán obligatoriamente utilizar los servicios de profesionales expertos en conflictos sociales urbanos que dependen del Centro Público de Mediación del Defensor del Pueblo de la Provincia.

XXXI.- En definitiva, dado que la solución transaccional a que llegan las partes no compromete el orden público, sino que lo reafirma, y que reúne las condiciones exigidas por la ley (art. 1643 Código Civil y Comercial) corresponde, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 12, 1º párrafo y 959 C.C. y C., hacer lugar a la homologación solicitada por los firmantes, quienes a la sazón resultan sólo los impetrantes de un colectivo mucho más numeroso, con el agregado estipulado en el punto precedente

Atento a la materia que se ventiló en la causa y la resolución a la que a la postre se arribó, considero que las costas deben imponerse por el orden causado.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. LEONARDO MASSIMINO, dijo:

A mi juicio es correcta la solución dada a la presente cuestión por el señor vocal preopinante, por lo que haciendo míos sus fundamentos y conclusiones me pronuncio en idéntico sentido.

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SEÑORA VOCAL DRA. GABRIELA A. CÁCERES, dijo:

Comparto los fundamentos y conclusiones vertidos por el señor Vocal de primer voto, por lo que haciéndolos míos me expido en idéntico sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL ANGEL ANTONIO GUTIEZ, dijo:

Considero corresponde:

1)-Homologar en todos sus términos, y en cuanto por derecho corresponda el acuerdo transcrito en el punto "XXVII" del presente, interponiendo para su mayor validez la pública autoridad que el Tribunal inviste.

2)-Disponer que, en caso de existir cualquier diferencia en la ejecución del acuerdo indicado, las partes deberán obligatoriamente utilizar los servicios de profesionales expertos en conflictos sociales urbanos que dependen Centro Público de Mediación del Defensor del Pueblo de la Provincia.

3)-Imponer las costas del juicio por el orden causado.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR VOCAL DR. LEONARDO MASSIMINO, dijo:

Por ello,

SE RESUELVE:

1)-Homologar en todos sus términos, y en cuanto por derecho corresponda el acuerdo transcrito en el punto "XXVII" del presente, interponiendo para su mayor validez la pública autoridad que el Tribunal inviste.

2)-Disponer que, en caso de existir cualquier diferencia en la ejecución del acuerdo indicado, las partes deberán obligatoriamente utilizar los servicios de profesionales expertos en conflictos sociales urbanos que dependen Centro Público de Mediación del Defensor del Pueblo de la Provincia.

3)-Imponer las costas del juicio por el orden causado.

Protocolícese y dése copia.

Con lo que terminó el acto que firman los Señores Vocales.

CERTIFICO: que el Señor Vocal Leonardo Massimino ha emitido opinión en estos autos con fecha 05/04/2019, pero no suscribe la presente en razón de encontrarse en uso de licencia, doy fe. Oficina: 17/04/2019.

Segundo proceso de autoevaluación UNC

La Universidad Nacional de Córdoba (UNC) avanzó en el desarrollo de la Segunda Evaluación Institucional, un mecanismo participativo de evaluación que se realizó en base a lo dispuesto por la Ley de Educación Superior, ley 24521.

La evaluación institucional comprendió tres instancias: la autoevaluación institucional a cargo de la propia institución universitaria, la evaluación externa a cargo de Pares Evaluadores y la elaboración de un informe final externo por parte de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria. Para llevar adelante la primera etapa se conformaron comisiones y subcomisiones de trabajo con representantes de todos los sectores de la Universidad. Esta instancia fue liderada por el Vicerrectorado de la UNC con el apoyo de un equipo técnico. Luego, se brindó información a toda la comunidad educativa, se realizaron reuniones y capacitaciones.

El año 2019 fue fundamental en el proceso, ya que toda la comunidad educativa fue protagonista de la autoevaluación. Las quince facultades, los dos colegios pre-universitarios y todas las dependencias de la UNC realizaron una enorme tarea de recolección, sistematización y análisis de datos, para completar los formularios previstos.

El proceso continuó en 2020, con el trabajo de las Comisiones y el Equipo Técnico, que receptaron los formularios e iniciaron la tarea de integración de la información. De esa manera, mediante diálogos, ajustes y consensos de los diferentes actores, se elaboró el Informe de Autoevaluación, que fue aprobado por unanimidad en el Consejo Superior.

La Facultad de Derecho fue protagonista también del proceso. El Vicedecano Dr. Edgardo García Chiple, consideró que esta herramienta es de gran importancia para «fortalecer el mejoramiento de la calidad como Universidad». Además, destacó el rol fundamental de las facultades, sus dependencias y sus integrantes para llevar a cabo esta evaluación. Indicó que llevarla a cabo en una institución con más de 400 años de historia, con el objetivo de seguir mejorando, es un motivo de orgullo y compromiso.

Con relación a la importancia que tiene la Evaluación Institucional, el Decano, Prof. Dr. Guillermo Barrera Buteler, resaltó el objetivo de **fortalecer la calidad educativa como Universidad**, destacando la participación de nuestra Facultad que, junto con las demás facultades, llevaron a cabo este largo e importante proceso.

* Reseña realizada por la Prof. Carla Saad con información otorgada por las Secretarías y obtenida del Digesto de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

Convenio específico entre el Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba y la UNC

La Facultad de Derecho se sumó al Convenio Específico entre el Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba y la Universidad Nacional de Córdoba, destinando un aula y toda la infraestructura informática necesaria para el funcionamiento de uno de los centros de llamado para el rastreo, carga de datos y notificación de contactos estrechos de personas con diagnóstico Covid-19 confirmado, tarea de alto impacto en la estrategia de lucha contra la pandemia.

De esta forma la Facultad continúa fortaleciendo los lazos institucionales, a nivel universitario y con el gobierno en sus diferentes dimensiones.

Formación académica

La Secretaría Académica durante los años 2020 y 2021 profundizó sus políticas académicas para dar respuesta a la complejidad del contexto social, sin menoscabar la calidad académica que caracteriza a nuestra Casa de Altos Estudios. En este sentido, se dio continuidad a las siguientes actividades:

- Capacitación y perfeccionamiento de los docentes y adscriptos de la Facultad a través de diferentes ofertas formativas.
- Talleres de alfabetización académica para estudiantes.
- Implementación del proyecto: Estrategias institucionales para el fortalecimiento del ingreso y la permanencia en la Carrera de Abogacía.
- Dirección del PROEVI, Programa que apoya la virtualización e innovaciones educativas. A través de este programa se dio soporte técnico y pedagógico a las prácticas de enseñanza y de evaluación llevadas a cabo en la Facultad.
- Trabajo de asesoramiento pedagógico y comunicacional (virtualidad) a los docentes de las diferentes asignaturas de las cuatro carreras de la Facultad: Abogacía, Notariado, Profesorado en Ciencias Jurídicas y Tecnicatura Superior Universitaria en Asistencia e Investigación Penal.

Respecto del último punto, es significativo destacar que se involucraron en la virtualidad más de 121 cátedras, 60 espacios curriculares opcionales, alrededor de 950 docentes y de 14.000 alumnos. El punto de partida para trabajar con la virtualización tuvo características diversas en cada una de las carreras que se dicta en la Facultad porque, mientras del Profesorado en Ciencias Jurídicas había nacido utilizando aulas virtuales muy completas y funcionales para el dictado de cada asignatura, lo que facilitó en gran medida la migración, no ocurría lo mismo con las otras carreras. Por su parte, la Tecnicatura Superior Universitaria en Investigación Penal también contaba con algunas aulas virtuales funcionando que igualmente facilitaron la tarea. En el caso de las carreras de Notariado y Abogacía -esta última la que cuenta con la mayor cantidad de alumnos y docentes- se habían comenzado

a utilizar, en diversos grados e intensidad, las aulas virtuales como complemento de la enseñanza presencial, sin embargo existían cátedras que no tenían ninguna experiencia utilizando este tipo de entornos. No obstante ello, en todos los casos la calidad académica de las propuestas de enseñanza, la formación y trayectoria de cada Profesor y equipo de Cátedra y la predisposición inigualable de nuestros docentes hicieron que el proceso se pudiese poner en marcha, evitando así la pérdida del año.

Junto con estas líneas de acción se dio continuidad a la *gestión de trámites* relacionados con los pases y equivalencias, cambio de plan de estudio, reconocimiento de regularidades, informes de actividades y plan de actividades docentes, cobertura de licencias, entre muchos otros.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351- 4332057/58 int. 356, email: academica@derecho.unc.edu.ar, el horario de atención es de 8:00 a 20:00 hs. Mas info: www.derecho.unc.edu.ar.

Formación en posgrado

En marzo del 2020 debimos migrar la actividad tanto administrativa como áulica en virtud del aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por las autoridades nacionales a raíz del hecho inédito e imprevisible como fue la pandemia por Covid-19. Esta migración se realizó conforme a las instrucciones normativas en consonancia con las del Estado Nacional, dispuestas por las autoridades de nuestra Facultad de Derecho y de la Universidad Nacional de Córdoba.

Pero pese a este tránsito, que fue arduo y comprometido, nuestro posgrado no dejó de crecer y así distintas carreras fueron sometidas a acreditación y categorización por la CONEAU sorteando con éxito la evaluación, obteniendo la máxima categorización en nuestro centenario Doctorado. Con beneplácito y enorme satisfacción se acreditó “A” en el Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales.

Por otra parte, la bicentenaria Facultad de Derecho, que siempre se ha distinguido por brindar excelencia formativa, no dejó menguar tal calidad con la virtualidad como modalidad seguida en el adaptándose a los nuevos modos que imponía la realidad. Un tránsito que no fue fácil pero que desde el exterior lo parecía, y eso fue gracias al enorme esfuerzo de autoridades, cuerpo académico y personal administrativo. Gracias a esta actividad laboriosa e ingente se logró aceptar perfectamente la actividad áulica y administrativa con una respuesta altamente positiva de los cursantes que pudieron aprovechar el espacio virtual para seguir creciendo. Se demostró que se podía dar respuesta en forma a los cambios impuestos, con una actividad académica formativa de primer nivel.

Pese al panorama sanitario mundial se llevaron adelante nuevos cursos, nuevas jornadas, maestrías, especializaciones y diplomaturas. Las defensas doctorales *on line* se potenciaron en forma exponencial, muchas en su evaluación con tribunales con asiento en el extranjero o en otras provincias, y todos interconectados: tribunal,

tesista. autoridades y familia unidos por la web. Se trasvasan fronteras con ofertas académicas que debieron adecuarse a nuevos modos en tiempo record; es así que la producción intelectual de la Facultad de Derecho traspasa horizontes llevando la excelencia académica como lema, con sentido social formativo.

En este marco, la Secretaría de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, ofrece una amplia variedad de actividades académicas destinadas a la formación de profesionales que cuentan con título de grado; que desarrollen sus actividades en el ámbito del Poder Judicial, la administración pública u organizaciones privadas, y deseen especializarse, actualizar y poner en común sus conocimientos en aquellos temas interesantes en el panorama del derecho argentino y americano.

La consolidación de estas carreras, cursos, seminarios, talleres, paneles y jornadas de Posgrado supone que, año tras año, podamos seguir ofreciendo a todos aquellos que nos visitan un atractivo plantel de programas académicos, en los que participan distinguidos profesores, investigadores y especialistas de reconocido prestigio nacional e internacional.

Forman parte de la agenda académica 2021, de manera virtual mientras se mantenga el riesgo sanitario:

Carreras de Posgrado

Doctorado

- *Carrera de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales - Categorizada A por Res. CONEAU 684/2020*: esta carrera hunde sus raíces allá en el Siglo XVIII cuando por disposición del Virrey Nicolás Antonio de Arredondo se incorporan estudios de derecho a la Universidad, naciendo así la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, según registros de la Universidad, en el año 1791.

Director: Prof. Dr. Edgardo García Chiple.

Coordinadora Académica: Prof. Dra. Esther Susana Borgarello.

- *Carrera de Doctorado en Ciencia Política (Cogestionada entre esta Facultad y el Centro de Estudios Avanzados – Facultad de Ciencias Sociales-)*.

Directora: Prof. Dra. María Teresa Piñero.

Maestrías

- *Carrera de Maestría en Derecho Administrativo.*

Directores: Profs. Dres. Domingo J. Sesín y Jose L. Palazzo.

- *Carrera de Maestría en Derecho y Argumentación.*

Directores: Profs. Dres. Hugo Seleme y Ernesto Garzón Valdez.

- *Carrera de Maestría en Derecho Civil Patrimonial.*
Directores: Profs. Dres. Juan Carlos Palmero y Juan Manuel Aparicio.
- *Carrera de Maestría en Derecho de Vejez, primera en su género dictada en Latinoamérica.*
Directores: Profs. Dres. María Isolina Dabove y Ramón Daniel Pizarro.
- *Carrera de Maestría en Sociología (Cogestionada entre esta Facultad y el Centro de Estudios Avanzados – Facultad de Ciencias Sociales-).*
- *Carrera de Maestría en Derecho Constitucional.*
Directores: Profs. Dres. Guillermo Barrera Buteler y Antonio María Hernández.

Especializaciones

- *Carrera de Especialización en Derecho de Familia.*
Directoras: Profs. Dras. Amalia Uriondo de Martinoli y Elena García Cima de Esteve.
- *Carrera Interinstitucional de Especialización en Derecho Laboral (UNC – UCC – UNL).*
Directores: Profs. Dres: Raúl E. Altamira Gigena, Albor Cantard y María del Carmen Piña.
- *Carrera Interinstitucional de Especialización en Derecho Penal (UNC – UNL).*
Directores: Prof. Dres. José Milton Peralta, Enrique Buteler y Ricardo Alvarez.
- *Carrera de Especialización en Derecho de los Negocios.*
Directora: Prof. Ab. Cristina Mercado de Sala.
- *Carrera de Especialización en Derecho Procesal.*
Director: Prof. Dr. Manuel González Castro.
- *Carrera de Especialización en Derecho Tributario.*
Director: Prof. Ab. Hector Villegas Ninci.
Subdirector: Prof. Dr. Maximiliano Raijman.

Otras actividades académicas

- *Diplomatura en Reformas Procesales.*

Directores: de la Prof. Dra. Cristina González de la Vega y del Prof. Ab. Leonardo González Zamar.

- *Diplomatura en Trata de Personas. Una nueva forma de esclavitud en el siglo XXI.*
Director: Prof. Dr. Ricardo del Barco.
- *Diplomatura en Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Abogada/o de NNyA.*
Directores: Prof. Dra. Olga Orlandi, Prof. Ab. Fabián Faraoni.
Directora Ejecutiva Med. Amalia López (Defensora de NNyA de la Pcia. de Córdoba).
- *Diplomatura en Diplomacia Contemporánea.*
Directora: Prof. Dra Graciela Salas.
- *Diplomatura en Derecho Municipal.*
Directores: Profs. Dres. Guillermo Barrera Buteler y Norma Bonifacino.
- *Diplomatura en Derecho de la Seguridad Social y del Trabajo.*
Directora: Prof. Dra. Rosa Elena Bosio.
- *Diplomatura en discapacidad, perspectiva y prospectiva. Enfoque interdisciplinario.*
Directores: Prof. Dr. Domingo Sesin y Prof. Dra. Susana Pares.
- *Diplomatura en género, derecho y violencias.*
Directora Prof. Dra. Mariana N. Sánchez.

También podemos citar entre otros cursos y seminarios a:

- Curso de Posgrado Gobierno, Liderazgo y Gestión Pública – 2º Edición.
- Curso de Posgrado en “Comunicación Judicial” co-organizado con el Centro de Perfeccionamiento “Ricardo C. Núñez”, Poder Judicial de Córdoba.
- Seminario “Género, Derecho y Violencia” co-organizado con el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales - Conicet en el marco del Programa de Estudios e Investigación en Género y Derecho.
- Curso de Posgrado “Relaciones entre el Poder y el Derecho en la Historia Argentina”.
- Seminario “Aspectos Registrales 2021”.
- Seminario de Metodología de la Investigación Jurídica y Social.
- Cursos de Lecto Comprensión de Textos Jurídicos en Idioma Extranjero: Inglés, Portugués, Italiano, Latín y Francés.

Programa de Posdoctorados

El Programa de Posdoctorados tiene como meta continuar con la formación de los doctores en Derecho y Ciencias Sociales. Es objetivo capacitarlos en áreas específicas, fomentando las actividades académicas y en especial buscando el intercambio científico, la investigación de excelencia y una formación de calidad en docencia. Se trata de un programa de eminente valor académico y científico dirigido a doctores egresados de universidades nacionales y extranjeras de reconocido prestigio.

Convenios de cooperación científico-académica

Para fortalecer la calidad académica desde esta Secretaría se han formalizado distintos convenios de cooperación científico - académico, entre los cuales destacamos:

- Convenios de Doble Titulación Doctoral con las Universidades de Bologna (Italia) y Múnich (Alemania).
- Convenios Nacionales con los distintos Poderes del Estado Nacional, Provincial y Municipal: 1) Ministerio Público Fiscal de la Nación, 2) Ministerio Público de Defensa, 3) Municipalidad de Córdoba, 4) Municipalidad de Río Cuarto, 5) Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, 6) Academia Nacional de Derecho, 7) Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, 8) Asesoría Letrada de la Municipalidad de Córdoba, 9) Fiscalía de Estado, 10) Instituto Sudamericano de Pesquisas (ISPED), 11) Centro de Promoción del Adulto Mayor (CEPRAM), 12) Centro Paraguayo de Estudios de Posgrado (CEPEP), 13) Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, 14) Regional Cuarta Capital del Colegio Profesional de Kinesiólogos y Fisioterapeutas de la Provincia de Córdoba, 15) Escuela de Abogados de Catamarca, 16) Sociedad Argentina de Gerontología y Geriátrica, 17) Universidad de Navarra, 18) Caja de Jubilaciones, 19) Consejo Federal de Notariado Argentino, 20) Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, 21) Bolsa de Comercio de Córdoba 22) Polo de la Mujer, 23) Instituto para el Desarrollo de Políticas Estratégicas - Diseñando Ciudad, 24) Asesoría Letrada de la Municipalidad de Córdoba, 25) Escuela de Abogados del Estado, 26) Asociación Argentina de Derecho Procesal, 27) Cámara Federal (superintendencia de la cuarta circunscripción judicial), 28) Colegio de Abogados de Córdoba, 29) Colegio de Abogados de Villa Dolores, 30) Defensoría de los Derechos de NNyA de Córdoba, entre otros.

Esta breve reseña de la actividad de la Secretaría de Posgrado muestra a las claras que el paso de lo presencial a la virtualidad fue un desafío que transitamos con afán de continuar brindando excelencia académica. Se superaron ampliamente

las expectativas. Numerosos inscriptos en las nuevas ofertas, continuidad de aquellos que se iniciaron en la presencialidad, y hoy miramos con alegría tesis que se rinden desde la virtualidad.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351- 4332064/4332135, email: cgradua@derecho.unc.edu.ar, el horario de atención es de 09:30 a 13:30 hs. y de 15:30 a 19:30 hs. Mas info: www.derecho.unc.edu.ar

Actividades en investigación

Ciencia y Técnica

La Secretaría de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho de la UNC informa las actividades realizadas e invita a contactarse para informarse de todas las actividades, eventos y apoyos científicos que ofrecen para estimular la investigación científica del Derecho.

El día 23 de agosto se abrió la Convocatoria 2021 para las Becas SeCyT (Becas de Iniciación de Maestría, Maestría, Doctorado, Finalización de Doctorado y Posdoctorales), la que estuvo abierta hasta el día 23 de septiembre.

Se entregó en junio de 2021 la 2da cuota de los proyectos convocatoria 2020 (Formar, Estimular y Consolidar), y la 4ta de los proyectos Consolidar 2018. Debido a la pandemia, se otorgó un plazo de prórroga de vencimiento de los proyectos para el 31 de diciembre de 2022.

Se dio trámite al PMT cuyas presentaciones se realizaron íntegramente por canales electrónicos, a través de SIGEVA. En esta ocasión, el PMT distribuye hasta \$16.000.000 entre las facultades y dependencias académicas del rectorado de la UNC que posean representación en el Consejo Asesor de la SeCyT.

Invitamos a contactarse con la Secretaría para informarse de todas las actividades, eventos y apoyos científicos que ofrecemos para estimular la investigación científica del Derecho.

Para informes e inscripciones: Caseros 301, planta baja, de lunes a jueves de 10:00 a 15:00hs y viernes de 10:00 a 14:00hs, o por teléfono: 0351-4332011, o por correo electrónico: scytec@derecho.unc.edu.ar. Más info: www.derecho.unc.edu.ar, Facebook en la página SeCyT Derecho UNC.

Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales

El Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS) organizó durante el primer semestre del año 2021 distintas actividades académicas, entre las que se enumeran:

a) Ciclos, seminarios, jornadas y programas institucionales realizados a través de plataformas virtuales.

Seminarios

- Feminismo y justicia penal.
- Taller virtual de lectura y debate: miradas críticas del derecho.
- El imperio del derecho, de Ronald Dworkin.
- Lectura y discusión sobre el libro: “El delito de asociación ilícita”, de Patricia Ziffer.
- Historia constitucional de la provincia de Córdoba (Primera Parte).
- Seminario-Taller de capacitación interna: “Metodología de análisis jurídico. El caso de las leyes sobre energías renovables nacionales”.
- Algunas propuestas que contribuyen a combatir el cambio climático desde la tributación ambiental.
- Radiografía comparativa sobre las realidades de Asia oriental y Latinoamérica: un enfoque económico y cultural.
- Nuevas perspectivas en el Derecho Internacional Privado.
- La cocina de ideas del CIJS.
- Aproximaciones metodológicas: “Educación jurídica y enseñanza para la práctica profesional”.
- Taller de lectura: “Educación jurídica y enseñanza para la práctica profesional”.
- La enseñanza del derecho constitucional. Emergencia(s) y afrentas actuales a la democracia.
- Diálogos plurales sobre estereotipos de género y derecho (publicados en formatos adaptados).
- III Seminario “Análisis comparativo de la jurisprudencia de las Provincias de Corrientes, San Juan y Córdoba en materia de Autonomía Municipal”.

Difusión

Serie de capítulos pertenecientes al Ciclo “Armando sueños. El Podcast”, como parte de las actividades del Proyecto de RSU “Armando sueños. Empleabilidad de las personas con discapacidad: conociendo derechos... derribando miedos”, bajo la dirección de la Profa. Carla Saad.

Ciclo institucional "Pensando desde el Centro"

- Primer encuentro - 27 de Mayo

Expositora: Dra. Mariana Sánchez.

"Justicia y género. Los discursos jurídicos del feminismo".

- Segundo encuentro - 7 de Julio

Expositores: Dr. Marcelo Bernal y ab. Valeria Bizarro.

"Normas, instituciones y actores de la coordinación intergubernamental en Argentina".

- Tercer encuentro - 12 de Agosto

Expositoras: Dra. Marta Juliá y Ab. Carolina López Flores.

"Política, derecho e interdisciplina en materia ambiental".

Asignaturas optativas

- "Feminismo jurídico". Prof. Responsable: Dra. Mariana Sánchez.
- "Aspectos de los derechos de las personas con discapacidad. Perspectiva del empleo". Profs. Responsable: Ab. Carla Saad y Dra. Alejandra Sticca.

b) Becas

- Becas de Pregrado: 7 becas activas de la convocatoria 2020 y se encuentra en proceso la selección de la convocatoria 2021. Estas becas constituyen uno de los principales objetivos del Programa del CIJS de estímulos de vocaciones científicas. Constituyen el vínculo fundamental con el dictado de la asignatura opcional "Tutorías de Investigación".

c) Unidad Ejecutora CONICET-UNC

- Inicio del "Proyecto de Unidad Ejecutora - PUE", aprobado por el Directorio de CONICET durante 2020, con la investigación "Las políticas públicas para la prevención y erradicación de las violencias sexo-genéricas en la provincia de Córdoba", cuyo responsable institucional es el Dr. Esteban Llamosas y el responsable académico el Dr. Juan Marco Vaggione. El PUE incluye becas de investigación asociadas al Proyecto y la designación de un Personal de Apoyo provisto por CONICET.

- Incorporación de un nuevo investigador de carrera y una nueva becaria doctoral de CONICET.
- Oferta de Servicios Tecnológicos de Alto Nivel (STAN) por parte de investigadores e investigadoras del CIJS.
- Ingreso de una nueva empleada de la Carrera de Personal de Apoyo de CONICET para desempeñarse en el CIJS, luego del concurso público realizado en 2020.
- Elecciones de renovación del Consejo Directivo de la Unidad Ejecutora. Sesiones regulares del Consejo Directivo.
- Fondo de apoyo de la Secretaría de Políticas Universitarias a las Unidades Ejecutoras. Compra de equipamiento y mejora de la infraestructura edilicia.

d) Publicaciones

- Publicación del Anuario XIX (29 artículos).
- Convocatoria del Anuario XX.

e) Puesta en funcionamiento y vuelta a la presencialidad

- Equipamiento y modernización tecnológica del CIJS (compra de notebook, reparación de impresoras).
- Entrega de mascarillas Atom-Protect al personal e investigadores de nuestra institución, para la prevención del Covid-19.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos 0351- 4332059, Caseros 301, Córdoba. Horario de atención: 10:00 a 18:00 hs. Email: cinvestderecho@gmail.com. Más info: www.derecho.unc.edu.ar, Facebook.

Actividades de extensión y relaciones internacionales

La Secretaría de Extensión y Relaciones Internacionales de la Facultad es un importante vínculo de nuestra comunidad académica con la sociedad. A esos fines organiza distintas jornadas, seminarios, congresos y talleres, proyectos de extensión que se materializan a lo largo del año, con la activa participación de instituciones y organizaciones de la sociedad civil. En este marco, se realizaron diversas tareas entre las que se destacan:

- Difusión de los Programas de intercambio en el Exterior Modalidad Virtual, convocatoria abierta por la Pro-Secretaría de Relaciones Internacionales de la UNC para llevar a cabo el cursado de materias en alguna de las Universidades adheridas a esta modalidad. Esta novedosa modalidad de internacio-

nalización despertó el interés de un nutrido grupo de estudiantes de nuestra Facultad, siendo seleccionados mucho de ellos para cursar virtualmente en estas Universidades.

- Difusión de la Convocatoria del Programa de Intercambio con la Universidad Autónoma de Madrid.
- Se extendieron avales para postulantes a Becas a Programas de Movilidad, tanto de grado como de posgrado.
- Se continuó trabajando el Programa Compromiso Social Estudiantil.
- Se llevaron a cabo numerosas jornadas y seminarios sobre temas relacionados no sólo al Derecho, sino al contexto social. Los disertantes fueron elegidos por ser expertos en las áreas en las que se trabajó, y las actividades fueron destinadas al público en general, convocando a un gran número de asistentes.

Estas jornadas, fueron:

- Taller de Herramientas Comunicacionales.
- El Conflicto Palestino – Israelí.
- Coworking: Una nueva forma de Trabajo.
- Fraudes Electrónicos durante la Pandemia.
- La Presencialidad en la Educación y el Derecho.
- El Poder del Talibán: sus consecuencias globales.
- La perspectiva de Género y sus Despliegues en el Derecho Internacional.
- Objetivos de Desarrollo Sostenible en la Agenda 2030.
- Sistema Antártico en la Actualidad.

Para informes e inscripciones comunicarse al teléfono (0351) 4331099, Independencia 258 1° Piso, Córdoba. Horario de atención: 10 a 14 horas. Más info: email: extyri@derecho.unc.edu.ar.

Actividades para graduados

La Secretaría de Graduados tiene como finalidad brindar a los graduados la formación e información permanente necesarias para su capacitación y desarrollo en la vida profesional.

Consecuentemente con los objetivos de la función de esta secretaría, se pretende desarrollar capacidades en la interpretación y comprensión de conocimientos jurídicos y multidisciplinarios, dar difusión a las opiniones de expertos, propiciar la articulación de conocimientos, transferencias operacionales y la familiarización con nuevos roles profesionales y científicos, destacando principalmente la capacitación

en la práctica profesional del graduado, pero a la vez se busca también capacitar y expandir los conocimientos que imparte esta secretaria, al mundo de los estudiantes para que así se vayan formando y vayan adquiriendo habilidades extras para cuando se inserten en el ámbito profesional.

Con ese fin, se receptaron distintas inquietudes de profesores de la Facultad y diversas instituciones que se cristalizaron en la organización de seminarios, cursos y jornadas que, en este año, se realizaron de manera digital.

Entre las actividades podemos enunciar:

- “III Encuentro Ibero- italoamericano de Derecho Parlamentario” y la “XXVI Jornada de interpretación y aplicación de la Constitución”. Coorganizado junto al Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba y el Instituto de Derecho Parlamentario del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, del “III Encuentro Ibero- italoamericano de Derecho Parlamentario” y la “XXVI Jornada de interpretación y aplicación de la Constitución”, realizado los días 25 y 26 de febrero del corriente año. Esta actividad académica fue declarada de interés por la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tanto por los temas a tratar como por la calidad de los expositores reconocidos a nivel nacional e internacional.
- Seminario Taller de actualización: “Las estrategias y herramientas transformadoras para el maletín”. Este Seminario Taller, propuesto por la Dra. Elena García Cima de Esteve, constituye un recurso de formación permanente para los profesionales de las Ciencias Sociales, para operadores y facilitadores en áreas de acción social y comunitaria, de prevención y resolución pacífica de conflictos, que consideramos imprescindible en situaciones como las que nos comprenden de confusión, incertidumbre y creciente violencia y malestar comunitario.
- “Derecho Internacional Privado en debate: temas selectos”. Este evento, propuesto por el Dr. Carlos Echegaray, contó con el auspicio de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI), junto con el Instituto Hispano- Luso Americano de Derecho Internacional (IHLADI) y se diseñó como espacio de debate acerca de algunos de los temas más actuales de la disciplina. Los encuentros se realizaron los días 9, 16, 23 y 30 de abril del corriente año.
- “Seminario de Genero y Derecho Penal: algunas discusiones de la parte general”. La propuesta fue realizada por la Prof. Dra. María Cristina Barbera de Riso y el Ab. Eduardo Casselli, se realizó los días 3, 10, 17 y 31 de mayo y 7, 14, y 28 de junio del corriente año, en el horario de 17 a 19 hs. El evento académico tuvo por objetivo constituir un espacio para profundizar cuestiones sobre la enseñanza del derecho penal, que no pueden quedar al margen de la perspectiva de género.

- “Clase abierta 2021 Derechos Humanos Laborales: desafíos actuales”. la propuesta fue realizada por la Cátedra Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social “A”, Comisión del Prof. Titular Dr. Mauricio Cesar Arese y la materia Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Cátedra Derechos Humanos Laborales- Derecho Internacional del Trabajo, ambas de nuestra casa de estudios. Esta jornada se llevó a cabo el día 18 de mayo del corriente, fueron sus objetivos analizar, difundir y debatir sobre la visión universitaria de obras y temas de derecho del trabajo para egresados y estudiantes de la UNC así como también de otras universidades latinoamericanas y europeas, para juristas, profesores, magistrados y funcionarios.
- Conferencia: “Federalismo y pandemia: debate sobre fallo “CABA vs. Gobierno Nacional” y el Proyecto de Ley de Emergencia Covid. Otras implicancias”. La propuesta fue realizada por el Prof. Dr. Cristian Altavilla y se desarrolló el 3 de junio del 2021. El evento académico tuvo por objetivo constituir un espacio para profundizar cuestiones actuales sobre la pandemia covid y cómo afecta el federalismo.
- “Seminarios integrados: la abogacía en contexto”. Jornada: decisiones judiciales: ¿será justicia?”. La propuesta fue realizada por la Ab. Dra. Ivana Piccardo y la Ab. Sofía Mola, además adhirió a la misma la Incubadora de Políticas Públicas Argentinas, proyecto sin fines de lucro. Se realizó el día 18 de agosto y tuvo como objetivo generar un espacio de encuentro entre abogados y estudiantes, consistente en capacitaciones e intercambios de experiencias.
- “Seminario: reformas determinantes en el Régimen Previsional y su vinculación con el Derecho Laboral”. La propuesta fue realizada por la Dra. Rosa Elena Bosio, Titular de la Cátedra de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho y el Ab. Esp. Aníbal Paz. Se llevó a cabo el 23 y 27 de agosto de 2021, su objetivo fue dotar a los asistentes de herramientas prácticas y conocimiento sobre los principales aspectos y reformas al sistema previsional actual.
- “Jornada sobre Casación Civil, Laboral y Penal en la Provincia de Córdoba”. La propuesta fue realizada por el Prof. Dra. Cristina González de la Vega y el Prof. Esp. Anahí María Sandino, se llevó a cabo el 26 de agosto de 2021. La jornada tuvo por objetivo constituir un espacio para profundizar cuestiones actuales sobre el recurso de casación en la Provincia de Córdoba dotando a los asistentes de herramientas prácticas y nuevos conocimientos sobre los principales aspectos en esta materia.
- “Seminario Básico de Formación de Mediadores 2021”. La propuesta fue realizada por el Prof. Dra. Elena García Cima de Esteve contando con la homologación de la DIMED para la obtención del título que es exigido para

la matrícula profesional provincial. Este seminario, consta de tres módulos, introductorio, entrenamiento y pasantía, cuyo dictado dio comienzo el 3 de septiembre hasta el día 5 de noviembre de 2021. Esta propuesta estuvo dirigida a abogados, psicólogos, médicos, arquitectos, ingenieros, contadores, pedagogos, martilleros, profesionales universitarios, interesados en general, ya que la orientación de la mediación en la Provincia de Córdoba es multidisciplinaria.

- Seminario: “Las minorías en la jurisprudencia de la CSJN y de la CIDH. Principales desafíos teóricos y prácticos”. La propuesta fue realizada por la Prof. Dra. María Isabel Urquiza y el Prof. Dr. Victorino Sola, se llevó a cabo desde el 3 de septiembre hasta el día 8 de octubre de 2021. Actividad coorganizada junto al Instituto de Derechos Humanos “P. Xabier Gorostiaga SJ”, perteneciente a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Los objetivos propuestos son, entre otros, dotar a los asistentes de herramientas teóricas y prácticas y conocimientos actuales sobre la observancia y la defensa de los Derechos Humanos en las Américas sin dejar de lado la jurisprudencia de nuestra CSJN.
- Presentación de la obra: “Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. La propuesta fue realizada por el autor del libro, Dr. Sebastián Alejandro Rey y contó con comentarios a la misma por parte del Dr. Christian Sommer. El encuentro se llevó a cabo el 8 de septiembre de 2021.
- “Conferencia abierta: ejercicio de la defensa penal en tiempos de pandemia”. La propuesta fue realizada por el Prof. Dr. Gerard Gramática Bosch y se llevó a cabo el 9 de septiembre del 2021. Los objetivos propuestos para esta conferencia fueron dotar a los asistentes de herramientas prácticas y conocimientos sobre los principales aspectos de la defensa penal actual y su contexto virtual.
- “Seminario aspectos prácticos de la reforma a la ley procesal laboral”. La propuesta fue realizada por la Dra. Rosa Elena Bosio, Titular de la Cátedra de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Facultad de Derecho y se llevó a cabo los días 20, 22 y 24 de septiembre de 2021. El objetivo propuesto fue dotar a los asistentes de herramientas prácticas y conocimiento sobre los principales aspectos del derecho de la reforma procesal laboral.
- “Conferencia abierta: el sujeto activo en el delito de administración fraudulenta”. La propuesta fue realizada por el Prof. Dr. Gerard Gramática Bosch y se llevó a cabo el 30 de septiembre de 2021. Los objetivos propuestos para esta conferencia fueron dotar a los asistentes de herramientas prácticas y conocimientos sobre los principales aspectos el sujeto activo en el delito de administración fraudulenta.

- “Mesa redonda: la digitalización del procedimiento tributario y de los derechos de los contribuyentes”. La propuesta fue realizada por la Dra. Silvina E. Coronello y se llevó a cabo el 30 de septiembre de 2021. El objetivo propuesto para actividad es analizar y debatir la relación de la digitalización de los procesos tributario y de los derechos y garantías de los contribuyentes en los ámbitos administrativos, jurisdiccional y judicial.
- Seminario: “Los medios de comunicación social y el poder político”. La propuesta fue realizada por los Dres. Hugo Seleme y Aurelio García Elorrio junto con la Cátedra de Ética de la Facultad de Derecho y se llevó a cabo los días 5, 12, 19 y 26 de octubre, 2, 9, 16, 23 y 30 de noviembre de 2021. El objetivo propuesto para esta actividad es analizar y debatir la relación de los medios de comunicación social con el poder político, el manejo de la pauta publicitaria como herramienta del disciplinamiento de los medios, las propuestas para fortalecer los mismos y las consecuencias de un blindaje mediático por parte del poder político.
- 11as. Jornadas de Derecho Procesal Constitucional “Actualización jurisprudencial en procesos constitucionales”. La propuesta fue realizada por el Prof. Juan Fernando Brügge con la colaboración de un gran equipo de docentes de las materias derecho constitucional y procesal constitucional de esta alta casa de estudios. Estas jornadas se realizaron el 7 de octubre de 2021. Los objetivos propuestos para este evento fueron dotar a los asistentes de herramientas prácticas y conocimientos sobre los principales aspectos en actualización en materia constitucional.
- Jornadas: “La violencia contra niñas, niños y adolescentes”. La propuesta fue realizada por los profesores Dres. Olga Orlandi y Fabián Faraoni, profesora Titular y profesor Adjunto de Derecho Privado VI. Se llevarán a cabo los días 12 y 13 de octubre de 2021. Los objetivos propuestos fueron profundizar, reflexionar y actualizar los contenidos de la temática, desde las diferentes ópticas y áreas donde se plantea esta problemática tan compleja.
- Presentación de la obra: “Responsabilidad del estado por la actividad judicial. Privación injusta, error y defectuoso funcionamiento”. La propuesta fue realizada por el Prof. Dr. Victorino Sola, para la presentación de la obra de los escritores Jaime O. Santofimio Gamboa y Andrés m. Briceño Chaves, se realizó 19 de octubre de 2021.
- Jornada: “Aspectos controvertidos en materia de tasas. A propósito del trascendente fallo “ESSO”. Presentación de la obra: “Tratado de Derecho Tributario, Procedimiento y Administración Tributaria” (Director Jorge Saverio Matinata). La presentación de la obra se llevó a cabo el 26 de octubre de 2021.

- “Proceso Civil y nuevas tecnologías”. La propuesta fue realizada por la Prof. Anahí María Sandiano, Profesora Titular interina de Derecho Procesal Civil y Comercial, que se llevó a cabo el 28 de octubre de 2021.
- “V Jornadas Nacionales de SAS”, preparatorias del XV Congreso de Derecho Societario y en homenaje al Prof. Dr. Efraín Hugo Richard”. La propuesta fue realizada por el Prof. Dr. José Sala Mercado y la Prof. Dra. Solange Jure Ramos, jornadas nacionales que contaron con el auspicio académico del Instituto Argentino de Derecho Comercial. Cabe destacar que este encuentro fue el primero en desarrollarse de manera mixta, tanto presencial como virtual. Se realizó los días 1 y 2 de noviembre de 2021.

Para informes e inscripciones comunicarse a los teléfonos (0351) 4332057/58/60 inte. 351, Obispo Trejo n° 242, 2° piso, Córdoba. Horario de atención: 10.30 a 14 horas. Más info: e-mail: graduadosfdycs@gmail.com.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (Director). *Consecuencias jurídicas de la secesión de entidades territoriales. Una visión para España*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona-España, 2020, 486 páginas.

Tal como lo señala el autor en la *Presentación*, la obra es fruto de un equipo de investigación, que aborda científicamente, desde la óptica del Derecho interno y del Derecho Internacional Público, la secesión de entidades territoriales, cuestión que aqueja y ha aquejado a España, amenazando su integridad territorial, las libertades humanas por nacionalismos periféricos, con el objetivo de la separación o, incluso, la secesión unilateral. La investigación se lleva a cabo como parte del Proyecto de Investigación DER2016.76312-P: “Consecuencias jurídicas de la secesión de entidades territoriales de un Estado con especial referencia a las implicaciones en materia de derechos humanos. Enseñanzas para España”. Por nuestra parte, consideramos que la obra constituye enseñanzas para todos los rincones del orbe, especialmente aquéllos en los que movimientos separatistas ponen en juego la unidad estatal.

El desarrollo consta de 10 densos capítulos.

El Capítulo 1 *La ausencia de fundamentación de la secesión en el derecho de libre determinación de los pueblos y en la violación grave de los derechos humanos* (José Antonio Perea Unceta) analiza el sistema de las Naciones Unidas, en particular la Carta de la ONU, y las Resoluciones de la Asamblea General 1514 (XV) y 2625 (XXV). Se detiene en las posiciones que sostienen que sólo los pueblos sometidos a dominación colonial tienen derecho a la autodeterminación y en las que -en la contraparte- sostienen la “secesión-remedio” para todo pueblo subyugado por la fuerza.

El Capítulo 2 *La secesión vía reforma constitucional en el derecho comparado. Ni sí ni no, ni blanco ni negro* (Pablo Fernández de Casadevante Mayordomo) parte de un “punto común” como es el no reconocimiento formal del derecho a autodeterminación en el constitucionalismo comparado (Estados Unidos, Canadá, Escocia, Italia, Alemania), quedando abierta la posibilidad de que una cláusula de secesión incluya el derecho de secesión en su Carta fundamental.

El Capítulo 3 *El derecho de autodeterminación: Una lectura desde España* (Carlos Fernández de Casadevante Romaní) hace presente que el Derecho internacional no reconoce derecho de autodeterminación externa alguna a las entidades territoriales de Estados democráticos. Por el contrario. Reafirma la integridad territorial de los Estados. Entiende que en España no existen “pueblos” homogéneos titulares de un derecho preconstitucional a una libre determinación que lleve a la ruptura de la integridad territorial del Estado español.

El Capítulo 4 *La formación del Estado en el ordenamiento jurídico internacional. Prontuario para entidades secesionistas* (Ana Gemma López Martín) reconoce que el Derecho internacional es un ordenamiento en constante mutación y adaptación. Considera que sin el consentimiento del Estado (ya sea porque lo recoja expresamente su derecho interno, ya sea que se pacte puntualmente) las entidades secesionistas no tienen derecho a la independencia y a convertirse en un nuevo Estado

El Capítulo 5 *El papel del reconocimiento en el acceso a la estatalidad y la obligación de no reconocer como Estado a una entidad secesionista* (Ana Gemma López Martín) recuerda que, en los hechos, la sociedad internacional es descentralizada, lo que hace que la verificación de una secesión *de facto*, ilícita, generalmente, quede en manos de los Estados a través de la figura del reconocimiento. No deja de hacer presente que en el Derecho internacional actual existe una obligación de no reconocimiento como Estados a los aspirantes surgidos de un proceso ilícito de secesión.

El Capítulo 6 *Secesión y sucesión en materia de tratados de fronteras y regímenes territoriales: España* (Carlos Fernández de Casadevante Romaní) parte del principio de intangibilidad de las fronteras y de continuidad de los tratados que las instituyen. En España, una hipotética secesión o separación de cualquier Comunidad Autónoma fronteriza (sobre todo, con Francia o Portugal) llevaría aparejada la obligación de respetar y aplicar los tratados vigentes con el Estado vecino.

El Capítulo 7 *Regreso a la frontera en Andorra, Olivenza, Ceuta, Melilla y Gibraltar* (José Ramón Remacha Tejada) señala que las fronteras son por naturaleza estables, no así su conocimiento, el que nunca es definitivo. El autor estudia varias fronteras. En el caso de Andorra la situación ha variado en el tiempo ya que ahora hay tres Estados en los Pirineos; en el caso de Olivenza la frontera lusitana interrumpe la delimitación de manera no satisfactoria; Ceuta y Melilla, por su parte, abren el camino a Marruecos; Gibraltar no tiene límites. Remacha Tejada da cuenta que, si bien cada frontera tiene su propia vida, su historia, su evolución, ello en nada afecta la validez del principio que proclama la objetividad de la frontera y su estabilidad *erga omnes*.

El Capítulo 8 *Secesión y sucesión (imposible) en la cualidad de miembro de una Organización internacional* (Carlos Fernández de Casadevante Romaní) hace presente que una Comunidad Autónoma que pretendiera independizarse no gozaría de acceso automático a las Organizaciones Internacionales (OI) de las que es miembro España, ya que una OI es un sujeto de Derecho internacional distinto del Estado, debiendo solicitar su admisión como miembro de la misma.

El Capítulo 9 *Responsabilidad internacional del Estado y fenómenos de secesión: Régimen general y particularidades en el ámbito del Derecho internacional de los Derechos humanos. Especial atención a la práctica del Consejo de Europa* (Javier Chinchón Álvarez) hace referencia a distintas situaciones para determinar a quién ha de atribuirse responsabilidad y señala las condiciones para que lo sea el Estado matriz, el secesionista, un tercer Estado, distinguiendo las situaciones en las que la entidad secesionada alcanza la estatalidad.

El Capítulo 10 *Secesión y derecho de excepción: A vueltas con el estado de alarma en España* (José Manuel Vera Santos) señala que la generalización de los regímenes democráticos constituye uno de los hitos más sobresalientes entre los acontecidos desde la del Estado como forma de organización política. Sin embargo, muchos peligros acechan a esos regímenes a partir de fenómenos como el terrorismo, la inmigración irregular, las catástrofes naturales y las crisis políticas entre otros como los nacionalismos, los populismos y extremismos ideológicos. El trabajo de Vera Santos se dedica al derecho de excepción de la Constitución española. Dirigido a la “protección extraordinaria del Estado”.

Es de destacar que cada capítulo es acompañado por rica y selecta bibliografía.

El Director de la obra, Carlos Fernández de Casadevante Romaní ha logrado un valioso compacto de contribuciones que se enlazan de manera tal que permiten considerar la situación jurídica de la secesión de entidades territoriales tanto desde el derecho español como del Derecho internacional y captar sus principales dimensiones y consecuencias.

Zlata Drnas de Clément

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos (Coordinador). *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid-España, 2019, 297 páginas.

El libro se ocupa -como lo señala su Coordinador en la *Presentación*- del compromiso de España con los derechos humanos en el ámbito del Derecho internacional, recordando que, en virtud del artículo 10.2 de la Constitución, España no sólo se obliga internacionalmente por nuevos tratados de derechos humanos del sistema universal de la ONU, sino que también acepta la competencia de los órganos de control de los tratados internacionales en la materia. A pesar de ello -observa el Coordinador de la obra- tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se han negado a reconocer efectos jurídicos a los dictámenes de tales órganos de control, alegando que no son obligatorios, situación revertida por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4) en sentencia 2747/2018 de 17 de julio de 2018.

La obra se divide en tres Partes que contienen varios artículos.

La *Primera Parte -Introducción-* consta de cuatro capítulos.

El Capítulo primero: *Las comunicaciones individuales contra España presentadas en el Comité de Derechos Humanos y su incidencia en el derecho español* (Valentín Bou Franch, de la Universidad de Valencia).

El Capítulo segundo: *Los dictámenes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y sus efectos jurídicos en España* (Carmelo Faleh Pérez de la Universidad de Alcalá de Henares).

El Capítulo tercero: *El valor jurídico de las decisiones de los órganos establecidos en tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos* (Carlos Villán Durán, Presidente de la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos).

El Capítulo cuarto: *La efectividad de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales* (Luis Jimena de la Universidad de Valencia).

La Segunda Parte -*La (desacertada) respuesta de los órganos del Estado-* está conformada por dos capítulos.

El Capítulo primero: *La doctrina del Consejo de Estado sobre los efectos jurídicos de los dictámenes de los Comités de Derechos Humanos de las Naciones Unidas* (Ana Gemma López Martín de la Universidad Complutense de Madrid).

El Capítulo segundo: *La interpretación del Tribunal Constitucional* (Santiago Ripol Carulla de la Universidad Pompeu Fabra).

La Tercera Parte -*La necesidad de una interpretación acorde con las obligaciones internacionales contraídas por España en materia de derechos humanos* se configura a través de dos capítulos.

El Capítulo primero: *La obligación del Estado de reconocer y aceptar los efectos jurídicos de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos* (Carlos Fernández de Casadevante Romaní de la Universidad Rey Juan Carlos).

El Capítulo segundo: *Reflexiones sobre la ejecución en España de los dictámenes de los Comités de control creados por los tratados sobre derechos humanos* (Cesáreo Gutiérrez Espada de la Universidad de Murcia).

Los diversos títulos anuncian los ricos contenidos y el detalle con el que las obligaciones del Estado español se han puesto bajo la lupa, tomando en consideración momentos históricos, políticos y sociales, ponderando críticamente la evolución de la protección de los derechos humanos asociada a los pronunciamientos de los órganos judiciales y cuasi judiciales del complejo sistema convencional e institucional y, en particular, a su observancia por España. Las reflexiones abren nuevos panoramas para los sujetos internacionales en general, por lo que cabe destacar que el trabajo trasciende largamente su título general.

Los renombrados y reconocidos autores de los distintos capítulos -por el sitio que tienen en el mundo académico- no necesitan de palabras de encomio, ya que sus descollantes publicaciones y carrera son una presentación de excelencia anunciada en sí.

Zlata Drnas de Clément

GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo. *La responsabilidad internacional por el uso de la fuerza en el ciberespacio*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2020, 172 páginas.

El estudio realizado por el Profesor Cesáreo Gutiérrez Espada tiene tres propiedades que le otorgan calidad y altura científicas y que, al mismo tiempo, estimulan su lectura. Por un lado, el título de la obra apresa dos sectores esenciales del ordenamiento jurídico internacional, como son el uso de la fuerza en las relaciones internacionales y el derecho de la responsabilidad internacional, que se proyectan sobre un nuevo ámbito que supera los límites tradicionales de las competencias de los Estados en el Derecho internacional, como es el ciberespacio. Aquí se encuentra uno de los rasgos que cimientan la originalidad del trabajo y que explican el atrevimiento de abordar con rigor, en una concisa obra monográfica, sectores capitales que configuran las actuales relaciones internacionales y su orden jurídico. Por otro lado, resalta la brillante redacción de los cuatros capítulos que integran la obra y del epílogo. Los contenidos se exhiben con tal claridad que se llega a comprender, incluso para los no iniciados, la posición que tiene el Derecho Internacional y la que expresan los Estados en la práctica en torno a las consecuencias que se producen por los comportamientos estatales y de otros actores en el ciberespacio en el campo de la responsabilidad internacional. La naturalidad del relato es, desde luego, tan admirable que el lector queda apegado a la lectura y hace que no se pierda un ápice del contenido esencialmente jurídico que rezuma el trabajo de investigación. Por último, asombra la sencillez de la sistemática que utiliza el autor para explicar la vinculación entre el uso de la fuerza en las relaciones internacionales y la responsabilidad internacional con ocasión de los comportamientos que acontecen en el ciberespacio. La meditada decisión de elaborar un índice sobrio no priva, en modo alguno, de profundidad a los contenidos que integra la obra. Así, se asigna un capítulo a la regulación del uso de la fuerza señalando los aspectos que la definen en la actualidad; se repasa el estado que habita en materia de responsabilidad internacional a través de un análisis verdaderamente interesante y cautivador; y se enlazan ambos aspectos en el capítulo de conclusiones. Pero, he de aconsejar también la lectura sosegada del primer capítulo en el que se aclaran y deslindan nociones y elementos primordiales que definen el conjunto del trabajo en relación con los sectores y el valor jurídico de los ámbitos que se abordan. Todos estos componentes, y algunos más, esbozan una obra que dispone no solo de gran calidad en perspectiva doctrinal, sino que, también, abre el camino para futuras investigaciones en la materia. Desde luego, el autor es consciente de que la nueva y contumaz realidad informática que existe en el planeta provoca nuevos espacios para la reflexión y que, en verdad, funda “estaciones” por las que transitan los trenes de la historia y también de la regulación jurídica internacional. Sin embargo, el Dr. Gutiérrez Espada se asoma, como él dice, a una materia que es especialmente complicada, pero lo hace con una sincera humildad que no debe ocultar que realiza un hondo enfoque de carácter jurídico que, como es habitual en su trayectoria académica,

mica, viene adornado de ingredientes de pragmatismo a la luz de lo que significa la realidad internacional contemporánea. En síntesis, el autor define bien la noción de ciberespacio a los efectos de su consideración en los campos propios del Derecho Internacional; se guía por el Manual de Tallin 2.0 considerando el referente inexcusable en el contexto de incertidumbre en la materia; y llega a la certera conclusión de que el Derecho internacional es aplicable a los supuestos de uso de la fuerza en el ciberespacio, para lo que acude a las posturas de Organizaciones internacionales y a las posiciones de los Estados en el diseño de su política exterior, en especial, en sus Estrategias nacionales. En cualquier caso, al hilo de los eventuales ataques cibernéticos, el Profesor Gutiérrez Espada se centra en los dos sectores que he señalado y sobre los que únicamente quiero hacer algunas reflexiones: En primer lugar, el autor describe y resume las normas que regulan el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, de tal manera que va más allá de lo habitual y centra su atención en dos aspectos esenciales de la prohibición que, con frecuencia, han sido debatidos por la doctrina científica y que han propiciado posiciones distintas en la práctica de los Estados. Ante todo, la relación ente legítima defensa y ataque armado, de tal modo que delinea con esmero las normas en vigor y confronta los supuestos más discutidos, como la agresión indirecta, en los que se suscita el uso lícito de la fuerza armada en legítima defensa. Para el autor de la obra, uno de los aspectos centrales es la gravedad del ataque, algo en lo que coincido, y por ello se ve abocado a reconocer que habrá que decidir en cada caso particular si cabe el ejercicio lícito de la legítima defensa, también en relación con el empleo de las armas cibernéticas. En la misma dirección se pronuncia, cuando se enfrenta a la tradicional discusión en torno a la legítima defensa preventiva, intentado no emplear esta noción y aproximarse más al concepto de lo inminente y a la categoría de inminencia. Las respuestas sobre la licitud de la acción en legítima defensa con anterioridad a que se produzca efectivamente el ataque armado dependerá “de la situación de cada caso concreto y de la prueba”. Lo que no encuentra una solución satisfactoria todavía en el orden jurídico internacional es que el encargado de calificar la licitud del comportamiento en legítima defensa sigue siendo el Estado que la practica y, por lo tanto, a él le corresponde definirla como preventiva o inminente y, todavía más, deducir los componentes de la situación que llevarían a estimar que el ataque previo es inminente. Seguramente, a esto se refiere el autor cuando indica que “el Estado que invoca la legítima defensa ante un ataque armado aún no desencadenado pero que considera inminente, lo hace a su propio riesgo”. La verdad es que, en una sociedad como la internacional, escasamente institucionalizada y fuertemente descentralizada, sigue correspondiendo a los Estados calificar si un comportamiento armado entra dentro de la categoría de legítima defensa y, sobre todo, si el acto previo reúne los requisitos para ser calificado de ataque armado dotado de la suficiente gravedad para que reciba una respuesta también armada. A todo ello, el Dr. Gutiérrez Espada anuda la cuestión relativa a la legítima defensa en aquellos casos en los que el ataque armado previo lo protagonizan actores no estatales y, realmente, resulta apasionante la lectura de las páginas que destina a este asunto,

llegando a una solución equilibrada y pragmática para los supuestos más controvertidos. Estimo que se debe coincidir en que todo Estado actuaría en el marco de la legítima defensa, siempre lícita, cuando intentó sin éxito obtener el consentimiento del Estado territorial para responder a un ataque de un actor no estatal y cuando adoptó cuantas medidas resulten precisas para evitar todo tipo de daños colaterales, como sostiene el autor. En todo caso, la legítima defensa queda abierta cuando se actúa frente a entes no estatales, lo que pone de relieve la rápida evolución que están experimentando todas las normas concernientes al uso de la fuerza en el Derecho internacional y que, en la actualidad, encarnan un giro transcendental en relación con la versión original adoptada en 1945. En segundo lugar, es sumamente grata la lectura del capítulo dedicado a la responsabilidad internacional porque, en pocas y acertadas palabras, se resume la mayoría de las normas que integran el derecho de la responsabilidad internacional y de manera atractiva se conduce al lector al campo de los comportamientos en el ciberespacio. Así, el autor desgana las normas sobre la atribución, aunque parece que prefiere la expresión imputación, de un hecho internacionalmente ilícito y que, a la postre, serían idénticas con carácter general y en los supuestos en los que se actúa en el ciberespacio; también detalla los contenidos de las causas de exclusión de la ilicitud en un alarde de sencillez que sorprende gustosamente incluso a los iniciados, dedicando una especial atención al estado de necesidad, circunstancia sobre la que el autor se ha expresado con mucho rigor en ocasiones anteriores, lo que queda plenamente justificado porque el Manual de Tallin 2.0 también lo hace en relación con lo que ocurre en el ciberespacio y, por ende, con las actividades cibernéticas. Por si fuera poco, un apartado específico le destina al principio de la debida diligencia que, por supuesto, debe ser valorado, como lo indica el autor, bajo un “estándar flexible y razonable”. A tal efecto, indica los elementos que caracterizan este principio y pormenoriza su aplicación en los supuestos de ciber-operaciones, con las precisiones que caben en función del contexto específico en el que se producen. No le falta razón al autor cuando afirma que la debida diligencia “es un concepto de gran utilidad en ausencia de reglas específicas sobre ciberespacio”. Incluso, el Profesor Gutiérrez Espada penetra en la noción de complicidad respecto a la comisión de un hecho internacionalmente ilícito y extrae en pocas páginas todas las consecuencias que se derivan, por ahora, en el Derecho internacional y, en concreto, en el ciberespacio de esta figura poco articulada todavía en este ordenamiento jurídico. Lo examinado hasta aquí hubiera sido suficiente para presentar con tanto talento el derecho de la responsabilidad internacional. Pero el autor alberga, la decisión, la voluntad y la capacidad de plantear también la responsabilidad internacional de las Organizaciones internacionales, siendo así que éstas tienen cada vez un mayor protagonismo en el campo del uso de la fuerza. A tal efecto, el Dr. Gutiérrez Espada detalla de nuevo los presupuestos de atribución siguiendo el criterio de “control efectivo”; los aspectos concernientes a las circunstancias de exclusión de la ilicitud; las relaciones entre la Organización y los Estados miembros en el campo de la responsabilidad. Y, desde ahí, se enuncian las escasas normas que se han explicitado en relación con

las actividades de las Organizaciones internacionales en el ciberespacio. También, el autor no desecha la posibilidad de que una operación cibernética entrañe la responsabilidad penal internacional del individuo y, en particular, la comisión de un crimen internacional.

Sin embargo, el Profesor Gutiérrez Espada ha querido, con razón, detener su atención en la cuestión relativa a las contramedidas que, a mi juicio, todavía no recibe respuestas plenamente satisfactorias en el orden internacional y que, infortunadamente, se explicita en diversas ocasiones a través del fenómeno de las represalias, en el caso de que se entienda que en este caso se está en presencia siempre de respuestas que implican el uso de la fuerza armada. El autor constata, con destreza, que la autotutela sigue presente en la sociedad internacional y, por mucho que no se quiera, podría explicitarse a través de comportamientos de fuerza. Más allá de los requisitos que la CDI ha señalado en el ejercicio lícito de las contramedidas, y de la naturaleza y alcance de las contramedidas de Estados y Organizaciones internacionales terceros que se examinan pormenorizadamente en el trabajo, el debate más sustancial sigue produciéndose en relación con la licitud o no de las medidas en respuesta que supongan el uso de la fuerza. El enfoque que adopta el autor es amplio y permite al lector comprobar todas las posibilidades que pavimentan la práctica internacional en esta materia. Por una parte, “Ni por los Estados ni por Organizaciones internacionales, cabe la adopción de contramedidas que impliquen desconocer la prohibición del uso de la fuerza armada en las relaciones internacionales” que, en realidad, no es lo mismo que estén prohibidas las contramedidas mediante el uso de la fuerza. Y, por otra parte, la obligación de no vulnerar normas imperativas no cierra el camino a la “licitud de las contramedidas que impliquen un ‘uso menor’ de la fuerza” o, si se quiere, los usos menos graves de la fuerza. En síntesis, el lector tiene ante sí una obra de profundidad en los contenidos que únicamente puede haber sido realizada por quien le ha dedicado muchos años y esfuerzos a deshilar y coser, al mismo tiempo, los componentes que integran sectores tan capitales del derecho internacional como la prohibición del uso de la fuerza o la responsabilidad internacional y que, en este caso, ha querido aplicar en el campo específico de los comportamientos que tienen lugar en el ciberespacio. El Profesor Gutiérrez Espada toma partido y posición en cada uno de los múltiples postulados que plantea en su trabajo, aun reconociendo la dificultad de encontrar normas claras y precisas sobre el ciberespacio en el orden jurídico internacional o, incluso, “que las normas del Derecho Intencional en vigor generan ambigüedades en su aplicación en el ciberespacio”. La oscuridad que socava las normas o las diversas interpretaciones a las que se puede acudir no son un obstáculo para que el autor proporcione una panoplia de reglas jurídicas que deben regir el comportamiento de los Estados, de las Organizaciones internacionales y de otros actores no estatales en un nuevo terreno en el que, hoy en día, se debate también el futuro de la comunidad internacional. La principal aportación del Dr. Gutiérrez Espada, que no la única, es que regala claridad y sensatez en terrenos especialmente ambiguos del Derecho

internacional y, con ello, reprime todo intento de aprovechar la incertidumbre en la escena internacional en favor de los más poderosos. Así, cumple con uno de los aspectos que siempre han definido a este insigne profesor universitario y que el poeta León Felipe condensó en la expresión “romero sólo que cruza siempre por caminos nuevos”.

Cástor Díaz Barrado¹

SECRETARIAT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. *Seventy Years of the International Law Commission: Drawing a Balance for the Future*, United Nations, Genève-New York, libro electrónico publicado en octubre de 2020, 474 páginas (<https://brill.com/view/title/58066#showmorecontent>).

La obra que incorporamos a modo de recensión -dada la relevancia de su aporte y la riqueza de su contenido- ha sido publicada por las Naciones Unidas². Cuenta con treinta y nueve contribuciones que reúnen las voces de académicos y hombres de la práctica para celebrar y evaluar el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) en presencia y con la participación de ella.

Consta de un *Prefacio*, una *Introducción* y tres *Partes* conformadas por secciones.

Como lo señalan Eduardo Valencia Ospina y Georg Nolte en el *Prefacio*, la publicación es el resultado de los actos conmemorativos de celebración del septuagésimo aniversario de la Comisión de Derecho Internacional desarrollados en 2017 y 2018, contando con una reunión solemne de la Comisión con dignatarios de alto nivel en Nueva York, seguida de una reunión oficiosa con representantes de la Sexta Comisión de la Asamblea General para intercambiar opiniones sobre la labor de la Comisión, su relación con la Sexta Comisión y el papel de los dos órganos en la promoción del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación. Se recomendó en esa oportunidad que se organizara otro acto solemne de alto nivel en Ginebra al que seguiría un simposio dedicado a la labor de la Comisión, en el que participarían asesores jurídicos de Estados y organizaciones internacionales, académicos y otros distinguidos abogados internacionales, incluidos ex miembros de la Comisión. Los autores del Prefacio recuerdan que la historia de la Comisión es de continuidad -pasado y presente- y de colegialidad, ya que sus diversos miembros trabajan juntos al servicio del derecho internacional. Así señalan: “La Comisión forma parte esencial de la arquitectura de las Naciones Unidas que surgió de las cenizas de la Segunda Guerra Mundial”. Desde que la Comisión celebró su primer período de sesiones en 1949, el mundo ha sido testigo de importantes cambios y

(1) Universidad Juan Carlos, Madrid-España. La recensión fue preparada para la Revista Electrónica de Estudios Internacionales, junio 2021.

(2) Libro electrónico publicado en octubre de 2020, 474 páginas. (<https://brill.com/view/title/58066#showmorecontent>).

de un conjunto de realidades cada vez más complejas y desafiantes. La CDI ha contribuido a asegurar un mundo firmemente basado en el estado de derecho en las relaciones internacionales. A través de sus trabajos, ha buscado proporcionar un lenguaje común, un sistema basado en reglas para el desarrollo de relaciones pacíficas y armoniosas entre los Estados guiadas por los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas.

La publicación constituye una mirada retrospectiva y prospectiva, abarcando los logros y los desafíos de la Comisión.

La *Introducción*, redactada por la Secretaría de la CDI, hace presente que la conmemoración del septuagésimo aniversario fue la cuarta de una serie de homenajes de ese tipo para la Comisión. El vigésimo quinto aniversario se conmemoró en Ginebra en 1973 con un acto solemne en Ginebra; el cincuentenario se celebró en un clima de optimismo fruto del fin de la Guerra Fría con un coloquio sobre el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional en Nueva York en 1997, y un seminario en Ginebra en 1998 con el tema “La Comisión de Derecho Internacional cincuenta años después: Una evaluación”. Durante la conmemoración del sexagésimo aniversario en Ginebra en 2008, se observó que el optimismo había comenzado a desvanecerse y el ánimo se había inclinado hacia la duda y la preocupación por el futuro. La conmemoración en Ginebra del septuagésimo aniversario se basó en el tema general: “70 años de la Comisión de Derecho Internacional: un equilibrio para el futuro”, si bien ese propósito no ha sido esclarecido como para definir qué se busca con la idea de “equilibrio”, sugiere un balance retrospectivo de los logros y desafíos de la Comisión, y una evaluación de hacia dónde y cómo debería enfocar la Comisión su trabajo en el futuro. Los oradores y panelistas señalaron lo que ellos consideran son los desafíos globales de nuestro tiempo: *v.g.* el flagelo de la guerra y su impacto adverso sobre la humanidad y el medio ambiente; el terrorismo internacional y el extremismo creciente; el cambio climático y los desastres naturales; la creciente desigualdad entre ricos y pobres; el estado «turbulento» de las relaciones internacionales; las manifestaciones de unilateralismo de algunos actores importantes en el escenario mundial; el rol que está jugando el “interés nacional” en el ejercicio de la soberanía; el número creciente de Estados Miembros de las Naciones Unidas con intereses y perspectivas culturales diametralmente diferentes; e incluso la “fatiga de los tratados multilaterales” para dar respuesta a las situaciones de la sociedad global actual.

Las diversas mesas redondas durante los actos conmemorativos del septuagésimo aniversario en Nueva York y Ginebra se centraron en cuestiones específicas relacionadas con el tema de “Establecer un equilibrio para el futuro”. Esta sección de la *Introducción* separa los aspectos que han atravesado esas preguntas y discusiones en cinco elementos: a) el impacto de la Comisión; b) los métodos de trabajo de la Comisión; c) desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional; d) el panorama cambiante del derecho internacional; y e) la autoridad y composición de la Comisión. En la práctica, estos cinco elementos no se pueden separar clara-

mente, tendiendo a superponerse entre ellos. Una consideración del impacto de la Comisión, por ejemplo, no puede disociarse de la cuestión de su autoridad, ni del panorama internacional cambiante más amplio en el que se hace y funciona el derecho internacional. Pasamos a señalar los cinco elementos agrupantes:

a) *El impacto de la Comisión*

Si bien, en el decenio transcurrido desde el sexagésimo aniversario, la Asamblea General no ha negociado ni aprobado ningún tratado sobre la base de algún proyecto de artículos de la Comisión, su labor ha ido clarificando o consolidando puntos que habían quedado oscuros por décadas. Un enfoque puramente numérico de los resultados de la Comisión mostraría que, durante setenta años, se han adoptado sólo 23 convenios sobre la base de proyectos de artículos y 19 de ellos han entrado en vigor. De estos 19, los Estados han ratificado ampliamente 12 convenciones. Los otros 7 convenios tienen menos de 40 Estados partes. Las cifras no son altas, pero el impacto decisivo de estas convenciones en el estado de derecho es innegable. La Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares están en el centro de las relaciones internacionales entre los Estados, en los que se basan a diario los funcionarios de los ministerios de relaciones exteriores, las misiones diplomáticas y consulares de todo el mundo, los profesionales del derecho, los jueces de las cortes y tribunales internacionales y, cada vez más, los jueces nacionales. Además, los Estados han adoptado convenciones sobre la base de los resultados de la Comisión sobre: el derecho del mar; la reducción de la apatridia; misiones especiales; la protección de las personas protegidas internacionalmente; la representación de los Estados en sus relaciones con organizaciones internacionales de carácter universal; la sucesión de Estados; los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación; las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes; y derecho penal internacional. Los resultados de la Comisión también han servido, en ocasiones, de inspiración para acuerdos regionales como, por ejemplo, el Acuerdo sobre el Acuífero Guaraní, suscrito por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, el 2 de agosto de 2010, que tomó en cuenta las disposiciones de los artículos sobre la ley de acuíferos transfronterizos adoptados por la Comisión en 2008.

Sin embargo, la “fatiga de los tratados” que ha visto disminuir el número de tratados multilaterales adoptados en los últimos años no es atribuible a la Comisión, ya que, en manifestación coherente con la globalización e informalización, los Estados y otros actores han ido adoptando otros tipos de instrumentos internacionales. Los ejemplos incluyen el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, que contiene la “responsabilidad de proteger”, la doctrina, y la negociación de un Pacto Mundial para el Medio Ambiente, etc. Una evaluación más completa del impacto de la Comisión también debería tener en cuenta sus numerosos resultados «no convencionales». El estatuto de la Comisión no se limita a preparar proyectos de artículos destinados a ser la base de las negociaciones de tratados por los Estados. Si

bien es una percepción popular que los primeros decenios de la existencia de la Comisión se caracterizaron por la preparación de proyectos de artículo, la Comisión también preparó productos no convencionales durante ese período, por ejemplo, el proyecto de declaración sobre derechos y deberes de los Estados; principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg y en el Fallo del Tribunal; el proyecto de código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad; las reglas modelo sobre procedimiento arbitral.

Es en los tiempos actuales cuando la atención de la Comisión se ha desplazado de manera más sustancial a los resultados en formas distintas de las que los Estados pretendían negociar en tratados. De los nueve temas del programa de trabajo de la Comisión en el momento del septuagésimo aniversario, solo tres se estaban preparando como proyectos de artículo, los otros seis temas estaban siendo tratados en la forma de un proyecto de conclusiones, proyectos de guía o guías, o proyecto de principios. En ninguno de estos últimos casos la Comisión ha especificado qué significan los distintos términos. De los títulos y las formas en que la Comisión está preparando estos seis temas se desprende claramente que no pretenden ser base de negociaciones por parte de los Estados; en general, informan y orientan al usuario. La acción adoptada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2018 de “tomar nota de” las conclusiones sobre acuerdos posteriores y la práctica posterior en relación con la interpretación de tratados, y el proyecto de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, significa que estas conclusiones son un producto final, no serán una base para futuras negociaciones por parte de los Estados. También está claro que las conclusiones están destinadas a ser utilizadas no solo por los Estados.

Entonces, ¿qué valor jurídico tienen esos resultados de la Comisión «no convencionales»? El punto de partida básico que debemos recordar es que ningún producto de la Comisión, ni de la Asamblea General, en cualquier forma, es *per se* norma internacional. Su naturaleza jurídicamente vinculante en virtud del derecho internacional, como tal, depende de la conducta de los Estados y otros sujetos.

Algunos argumentan que, incluso cuando los productos de la Comisión no se han convertido (o todavía no), a través de las acciones de los Estados, en parte del derecho internacional, pueden tener un carácter de «derecho indicativo» con cierto grado de efecto jurídico normativo. Tanto si este argumento se acepta en principio como si no, ciertamente sería difícil considerar que los resultados de la Comisión que no están previstos como base para las negociaciones de los tratados son irrelevantes para el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional. La autoridad de la Comisión, su fuerza persuasiva, y la rigurosidad y calidad de sus métodos de trabajo, basados en un análisis científico exhaustivo de la práctica de los Estados y, en ocasiones, de las organizaciones internacionales, son tales que sus pronunciamientos suelen tener un gran peso para los Estados y las cortes y tribunales internacionales, en particular la Corte Internacional de Justicia.

Los métodos de trabajo que utiliza la Comisión en la preparación de proyectos de conclusiones, directrices y principios no difieren de los de la preparación de proyectos de artículos. Al igual que los proyectos de artículo, van acompañados de comentarios que exponen en detalle la práctica que los sustenta y la justificación de cada una de las proposiciones. Por lo tanto, estos resultados «no provenientes de tratados» tienden a ejercer una fuerza persuasiva sobre las opiniones de los Estados, cortes y tribunales internacionales sobre el estado actual de la ley y la práctica de los Estados.

En un mundo en el que los Estados, que enfrentan múltiples desafíos interconectados y una diversidad de actores internacionales, están recurriendo a formas más diversas de instrumentos internacionales para regular su cooperación, la demanda de convenciones multilaterales ha disminuido. La CDI al diseñar sus productos de una manera que no solo está dirigida a los Estados de la Sexta Comisión, sino también a otros usuarios finales, incluidos profesionales, jueces internacionales y nacionales, y académicos y profesores de derecho internacional, no muestra síntomas de declive, sino más bien un agudo sentido de capacidad de adecuación, de autoridad y valor.

b) Métodos de trabajo de la Comisión

Los métodos de trabajo de la Comisión, así como su eficiencia y eficacia, son un componente vital en el funcionamiento de la Comisión, y esenciales para mantener la calidad y por ende la autoridad y fuerza persuasiva de su trabajo con los Estados y otros actores internacionales. La Comisión, consciente de esto, mantiene sus métodos de trabajo constantemente bajo revisión a través de su Grupo de Trabajo sobre Métodos de Trabajo, presidido durante el quinquenio en curso por el Embajador Hussein A. Hassouna, miembro de la CDI desde hace largo tiempo.

La dinámica fundamental de la Comisión depende generalmente de tres actores: el Relator Especial; el plenario de la Comisión; y el Comité de Redacción. Los Relatores Especiales son el «motor» de la Comisión, elaborando informes cada año sobre el tema que les es asignado, que son la materia prima de la que se alimenta la Comisión. El plenario debate estos informes durante varios días y da una idea de las opiniones de la Comisión en su conjunto sobre el tema, sobre el análisis del Relator Especial y sobre cualquier proyecto de disposición que el Relator Especial haya incluido en el informe. El Comité de Redacción, que se reúne una vez finalizado el debate plenario, examina en detalle cualquier proyecto de disposición que le haya remitido el plenario, negociando y acordando el texto para su devolución al plenario. En su práctica contemporánea, el Comité de Redacción ha tomado decisiones en ocasiones sobre cuestiones de política o enfoque, como parte integrante del proceso de redacción; una función anteriormente más bien competencia de los Grupos de Trabajo establecidos por la Comisión a tal efecto. El Comité de Redacción es un subconjunto autoseleccionado de los miembros de la Comisión, compuesto por todos los miembros con un interés particular en el tema que deseen participar. La

composición del Comité de Redacción varía de un tema a otro, pero su presidente permanece constante durante toda la sesión.

La Comisión no ha desarrollado diferentes métodos de trabajo en función del resultado previsto del tema, ya sea un proyecto de artículos o una forma «no convencional». Si bien el estatuto de la Comisión se basa en una distinción entre los procedimientos para el desarrollo progresivo y la codificación, de hecho, la Comisión no ha distinguido entre estas dos funciones en sus métodos de trabajo. Si bien existe una necesidad constante de que la Comisión mantenga en examen sus métodos de trabajo, la minuciosidad y coherencia del proceso es un factor importante que sustenta la calidad de los resultados de la Comisión y una fuente importante de su autoridad.

Quizás el método de trabajo más básico de la Comisión, poco mencionado en las contribuciones de esta publicación, es reunirse fuera de la Sede de las Naciones Unidas. El hecho de que las deliberaciones de la Comisión se desarrollen en el Palais des Nations en Ginebra, a distancia de la Asamblea General, su órgano político matriz en Nueva York, en un entorno tranquilo y propicio para el estudio reflexivo, el trabajo y la interacción entre los miembros, y con excelentes servicios de biblioteca, es un elemento esencial en los métodos de trabajo de la Comisión y su funcionamiento independiente. La dislocación de los dos cuerpos no es accidental. La propia Comisión ha comentado la importancia de la ubicación de su sede en Ginebra. La celebración de la primera parte del septuagésimo período de sesiones en Nueva York fue, por tanto, excepcional. Se generó un gran interés entre los delegados de la Sexta Comisión y un gran número de reuniones informales, eventos paralelos y paneles de discusión.

Existe cierto apoyo entre los delegados para que la Comisión celebre un período parcial de sesiones en Nueva York cada quinquenio. Sin duda, generar las reuniones informales y los eventos paralelos antes mencionados puede tener ventajas en términos de fortalecer la relación entre los miembros de la Comisión y los delegados de la Sexta Comisión. Sin embargo, el apoyo no es universal para reuniones más regulares de la Comisión en Nueva York. Algunas preocupaciones a este respecto se plantearon durante el debate anual de la Sexta Comisión y las negociaciones sobre la resolución sobre el informe de la Comisión. Las preocupaciones incluyen la cantidad de tiempo y energía necesarios para que los miembros asistan a los numerosos eventos paralelos, lo que haría más difícil concentrarse en la considerable carga de trabajo de la Comisión. Otra preocupación es que, cuando esos eventos paralelos abordan temas que actualmente tiene ante sí la Comisión, los contactos directos entre representantes gubernamentales y miembros de la Comisión mientras están en curso sus discusiones y negociaciones pueden no ser ideales en términos de percepción del funcionamiento independiente de la Comisión. Las misiones diplomáticas en Ginebra generalmente no celebran este tipo de eventos.

La Comisión actual tiene un gran número de miembros que asisten regularmente al Comité de Redacción. Mientras que doce o más miembros podrían haber sido el tamaño típico de un Comité de Redacción durante los quinquenios anteriores, no es raro que actualmente asistan veinte o más miembros. Esto inevitablemente tiene un impacto en la naturaleza de los procedimientos del Comité de Redacción. Dado que el presidente del Comité de Redacción tiene que demostrar cierta imparcialidad e inclusión, las rondas de comentarios de los miembros a veces pueden preceder a las intervenciones más orientadas a la negociación de quienes están más familiarizados e interesados en el texto propuesto. Estos aspectos del Comité de Redacción se asemejan, en cierta medida, al debate plenario. Por lo tanto, un presidente hábil debe equilibrar un enfoque democrático, permitiendo que todos los miembros que lo deseen intervengan, con un enfoque más orientado a los resultados. con el objetivo de restringir los comentarios generales en la medida de lo posible para que se pueda lograr un progreso textual. Un acontecimiento que lo acompañó ha sido una tendencia del plenario en ocasiones a delegar la responsabilidad de encontrar un camino común a seguir en una cuestión de política al Comité de Redacción. La práctica en el pasado había sido establecer un grupo de trabajo con este fin para considerar el asunto y hacer una recomendación al plenario.

La Comisión no tiene su propio reglamento, pero trabaja de acuerdo con el reglamento de la Asamblea General, adaptado en la práctica a sus propias especificidades. Por tanto, la toma de decisiones se realiza en principio por mayoría de los miembros presentes y votantes. Si bien la votación fue una práctica común en la Comisión durante sus dos primeras décadas, esto se ha vuelto mucho menos común desde la década de 1970. Desde entonces, la toma de decisiones por consenso se ha convertido en la práctica general de la Comisión. Los miembros hacen todo lo posible por tomar decisiones sin voto, y los que están en minoría sobre cualquier tema en particular no se oponen a que se tome la decisión, pero a menudo leen sus posiciones diferentes u opuestas en el acta de la reunión. Además, ocasionalmente se toman «votaciones indicativas» mediante las cuales, para evitar una votación formal, los miembros de la Comisión en el Comité de Redacción (y a veces en el plenario) deciden un tema a mano alzada informal, y luego proceden por consenso sobre la base del resultado. Por tanto, sólo cuando surgen diferencias graves e irreconciliables es cuando se lleva a cabo la votación formal. El ejemplo más reciente fue en 2017, en relación con el proyecto de artículo 7 del proyecto de artículos sobre la inmunidad de los funcionarios del Estado frente a la jurisdicción penal extranjera, que se refiere a las excepciones a la inmunidad de los funcionarios del Estado. El voto es un medio válido para tomar decisiones en el marco del Reglamento y, en este sentido, no puede ser criticado. Bien puede ser necesario cuando no se pueda progresar de otra manera. Sin embargo, el hecho de que se votara el proyecto de artículo 7 fue criticado por varios Estados en la Sexta Comisión. Los Estados de la Sexta Comisión, por supuesto, esperan que la Comisión los oriente sobre el estado de desarrollo del derecho y la práctica de los Estados. Podría decirse que una división

visible en la Comisión sobre estos fundamentos reduce la fuerza persuasiva de la Comisión con respecto a la disposición particular votada.

Un aspecto crítico de los métodos de trabajo de la Comisión, sorprendentemente poco discutido en la literatura, es la preparación y adopción de comentarios para acompañar los resultados como “informe explicativo”. En los comentarios, la Comisión explica el proyecto de disposiciones haciendo referencia a la práctica de los Estados, las decisiones judiciales y la doctrina, y al hacerlo, demuestra la rigurosidad y diligencia de su trabajo. Los comentarios brindan a los Estados, organizaciones internacionales, cortes y tribunales internacionales y académicos acceso a las fuentes de la práctica, la jurisprudencia, las enseñanzas y los fundamentos que sustentan sus análisis y sus textos. La Corte Internacional de Justicia y muchas otras cortes y tribunales internacionales han citado no solo los textos de la Comisión, sino también sus comentarios en un número muy significativo de los casos que tienen ante sí.

Dada la importancia y el valor de los comentarios, a veces se expresa sorpresa que sean considerados y adoptados al final del período de sesiones de la Comisión, durante la aprobación del informe anual de la Comisión en el plenario. No existe equivalente al proceso del Comité de Redacción para el examen de comentarios. Por otro lado, la aprobación de los comentarios por parte de la Comisión al final de su período de sesiones representa la etapa final de un proceso más largo y profundo de elaboración y consideración, dirigido por el Relator Especial. Los proyectos de comentarios son preparados por el Relator Especial sobre el tema después de que el Comité de Redacción haya terminado su labor y haya aprobado provisionalmente los proyectos de disposiciones. El Relator Especial lo hace teniendo en cuenta todos los comentarios pertinentes para su inclusión en los comentarios formulados durante las deliberaciones del Comité de Redacción sobre el proyecto de disposiciones y, a menudo, también distribuirá un borrador de los comentarios a los miembros para que aporten sus comentarios antes de finalizarlos.

Para los temas considerados en la primera parte del período de sesiones de la Comisión (generalmente de mayo a principios de junio), el Relator Especial tiene tiempo para preparar comentarios durante el receso del período de sesiones de la Comisión. Los comentarios se aprueban junto con el proyecto de disposiciones que anteriormente había sido aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción. Para los temas considerados en la segunda parte del período de sesiones de la Comisión (generalmente de julio a principios de agosto), no hay tiempo suficiente para que el Relator Especial prepare comentarios para su consideración en el plenario. En estos casos, la Comisión no adopta los proyectos de disposiciones que le remitió el Comité de Redacción, pero “toma nota” de ellos. Tradicionalmente, estos textos de los que toma nota la Comisión no se reproducen en el informe anual de la Comisión, el principio es que los resultados de la Comisión siempre deben ir acompañados del material explicativo de los comentarios. Sin embargo, desde 2012, en algunos casos se ha desarrollado la práctica de colocar los textos tomados en cuenta en notas a pie de página en las partes pertinentes del informe anual de

la Comisión. Si bien es ventajoso llamar la atención sobre los últimos textos bajo consideración de la Comisión, esta práctica, que no ha sido consistente entre los distintos temas, ha generado cierta confusión y crítica por parte de los Estados en la Sexta Comisión, así como como algunos miembros de la Comisión.

Otra práctica relacionada que se ha desarrollado en los últimos años es colocar la declaración del Presidente del Comité de Redacción en el sitio web de la Comisión. Cuando el Comité de Redacción ha terminado su trabajo sobre el proyecto de disposiciones para un tema en particular y devuelve los borradores al plenario de la Comisión, el Presidente del Comité de Redacción hace una declaración oral detallada al plenario dando cuenta de las deliberaciones que tuvieron lugar y la razón de ser de los proyectos concretos aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción. La declaración es preparada por el Presidente del Comité de Redacción con el apoyo de la Secretaría, con aportes del Relator Especial. No sustituye a los comentarios, preparados posteriormente por el Relator Especial, pero tiene el propósito de informar a la Comisión, los Estados y el público con cierto detalle y en tiempo real del resultado de la labor del Comité de Redacción y la justificación subyacente.

c) Desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional

La yuxtaposición del «desarrollo progresivo» del derecho internacional y su «codificación» tiene su origen en la negociación del Artículo 13, párrafo 1 (a), de la Carta de las Naciones Unidas. Las palabras fueron reproducidas por el Comité de los Diecisiete al redactar el estatuto de la Comisión, y se previeron procedimientos separados para cada actividad. El artículo 15 del estatuto enfatiza la distinción entre estos dos términos al definir “por conveniencia”: desarrollo progresivo como “... la elaboración de proyectos de convenciones sobre temas que aún no han sido regulados por el derecho internacional o en relación con los cuales el derecho aún no ha suficientemente desarrollado en la práctica de los Estados”; y codificación como “... la formulación y sistematización más precisa de las normas de derecho internacional en ámbitos en los que ya ha habido una práctica, un precedente y una doctrina estatales extensos”.

La noción de «codificación» tiene una larga historia y no siempre ha gozado de un significado único ni de un apoyo universal. Bentham escribió sobre la codificación en términos utópicos, postulando un código internacional que crearía una base legal para la paz eterna. Los críticos, en cambio, señalaron la naturaleza del derecho como un fenómeno evolutivo, sujeto a cambios constantes, cuya codificación presenta el riesgo de interferir en su crecimiento orgánico, haciéndolo estático. El ex miembro y presidente de la Comisión, Alain Pellet, afirmó: “... todos los temas involucran una codificación parcial ya que ningún tema es completamente nuevo cuando es asumido por la [Comisión]... además, todos implican un elemento de desarrollo progresivo ya que, casi como cuestión de definición, las normas consuetudinarias

siempre comprenden algunos elementos de incertidumbre que requieren una aclaración y este es precisamente uno de los principales propósitos de la codificación”.

En otras palabras, la codificación y el desarrollo progresivo son difíciles de disociar y se encuentran en el mismo espectro de actividad. Las funciones de la Comisión engloban inherentemente aspectos tanto de identificación de leyes (codificación) como de política legal (desarrollo progresivo). La noción de una clara distinción entre los dos ha demostrado ser insostenible en la práctica y fue abandonada desde el principio. En consecuencia, los productos de la Comisión suelen incluir elementos tanto de codificación como de desarrollo progresivo del derecho internacional.

¿Por qué entonces, setenta años después, seguimos debatiendo la distinción entre desarrollo progresivo y codificación y confirmando su importancia? Si partimos de la premisa de que el derecho internacional es un ingrediente esencial no solo en la resolución de controversias internacionales, sino también como el «pegamento» en el trato cotidiano de los Estados entre sí y, cada vez más, con y dentro de las organizaciones internacionales, entonces está claro que saber qué es el derecho internacional y en qué dirección se desarrolla es fundamental. El derecho internacional proporciona el marco, la sustancia y el vocabulario del discurso internacional. La Comisión tiene una posición única y autorizada como el único órgano universal de expertos encargado de analizar la práctica de los Estados y el derecho internacional, con una conexión institucional directa e interactiva con los Estados.

En el contexto de las diferentes formas que adoptan los productos de la Comisión (inciso a) anterior), saber si el trabajo de la Comisión, o partes de él, representan codificación o desarrollo progresivo, *lex lata* o *lex ferenda*, puede ser muy importante para los Estados. Cuando el resultado de la Comisión es en forma de proyectos de artículo, destinados a servir de base para la negociación de un tratado por parte de los Estados, es evidente que la palabra de la Comisión no pretende ser la última. Por otro lado, el proyecto de conclusiones, lineamientos y principios de la Comisión no está destinado a ser renegociado por los Estados. El texto de la Comisión es el producto final. En estas circunstancias, podría decirse que los Estados tienen una mayor necesidad de saber si, en opinión de la Comisión, el texto representa codificación o desarrollo progresivo. Las cortes y tribunales internacionales, que frecuentemente se basan en los resultados y comentarios de la Comisión como autorizados, también tienen un gran interés en saber si la Comisión considera que el texto representa la *lex lata* o la *lex ferenda*.

Entonces, ¿por qué la Comisión rara vez identifica cuál de ellos está presentando, ya sea para proyectos completos o para disposiciones particulares de esos textos? La realidad es que sería muy difícil, ya veces imposible, que la Comisión analizara su trabajo de esta manera de manera coherente. Como Alain Pellet analizó anteriormente, la distinción es difícil de discernir. Dado que la composición de la Comisión es muy diversa, un microcosmos de la membresía de las Naciones Unidas, que representa los diversos sistemas jurídicos del mundo, tal vez no sea sorprendente

que la Comisión no esté dispuesta o no pueda intentar distinguir sistemáticamente entre codificación y desarrollo progresivo. en su trabajo. La Comisión procede de forma pragmática. Su práctica de trabajar de manera colegiada, predominantemente sin votar, puede ser seriamente puesta a prueba si intentara identificar todos sus productos como *lex lata* o *lex ferenda*.

La Comisión también tiene un interés práctico y pragmático en superar su carga de trabajo en cada período de sesiones. Esto podría desorganizarse si se detuviera y considerara en cada paso si se está codificando o desarrollándose progresivamente. Aquellos que han experimentado de primera mano la labor del Comité de Redacción, que trabaja a puerta cerrada, saben que hay muchas opiniones divergentes sobre un gran número de las disposiciones consideradas, opiniones diferentes sobre la práctica pertinente y la jurisprudencia.

d) El panorama cambiante del derecho internacional

El derecho internacional es una influencia estabilizadora en un mundo que enfrenta un conjunto de realidades cada vez más complejas y desafiantes. La vida de la Comisión ha marcado la evolución del derecho internacional desde un sistema que sólo era aplicable en un número relativamente pequeño de Estados a un orden jurídico universal en el que participan 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas y Observadores de todos los rincones del mundo. Además, el derecho internacional ha avanzado hacia el reconocimiento no solo de los derechos y obligaciones de los Estados, sino también hacia la respuesta a las necesidades de una pluralidad de actores, incluyendo organizaciones internacionales, individuos, corporaciones y otros actores no estatales.

Históricamente, los tratados se han utilizado para dar forma a nuevos órdenes a raíz de los principales acontecimientos mundiales, incluidas las secuelas de la Segunda Guerra Mundial, el final del período colonial y el final de la Guerra Fría. Este fenómeno ahora parece haber disminuido y, como se describe en el inciso a) de esta Introducción, algunos Estados están reduciendo su compromiso multilateral, mientras que otros están negociando y participando en nuevas formas de arreglos que no equivalen a tratados, o pueden ser tratados con obligaciones “más suaves”. El ejemplo más destacado de este último es el Acuerdo de París, cuyo contenido es principalmente de naturaleza procesal, con pocas obligaciones sustantivas fijas. Los Estados partes determinan sus propias “contribuciones” a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero.

Dada la turbulencia en las relaciones internacionales causada por los desafíos mencionados y la pluralidad de actores involucrados, la Comisión puede parecer un órgano bastante tradicional. Los factores institucionales que lo han colocado en el centro del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional, incluida en particular su condición de órgano subsidiario de la Asamblea General

en relación directa con los Estados en la Sexta Comisión, también dan lugar a preguntas sobre su capacidad para adaptarse a circunstancias tan cambiantes. Para agravar los desafíos, la Comisión trabaja ahora en un entorno en el que ha habido una proliferación de otros foros de negociación, donde se debaten y desarrollan muchas áreas especializadas del derecho internacional.

A más de los tratados, otra esfera de interés de la Comisión ha sido la profundización de su labor sobre las otras fuentes del derecho internacional, incluido el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho.

Inevitablemente, queda un número limitado de esos temas en los que la Comisión es el órgano de expertos obviamente preeminente. Por lo tanto, no ha tenido reparos en centrar su atención en áreas nuevas y más especializadas del derecho internacional. Estos temas tienden a prestarse a formas de resultados de la Comisión que no están destinadas a ser negociadas por los Estados en tratados, y que contienen una combinación de disposiciones que contienen un lenguaje aspiracional y disposiciones que establecen la ley existente. Entre los ejemplos actuales de esos temas que tiene ante sí la Comisión se incluyen la “Protección de la atmósfera” y la “Protección del medio ambiente en los conflictos armados”, cada uno de los cuales se está preparando en forma de proyecto de principios. Un ejemplo de proyectos de artículos son los sobre la protección de las personas en caso de desastres, finalizados por la Comisión en 2016, y actualmente ante la Sexta Comisión para considerar si el proyecto debe constituir la base de un tratado.

Es en relación con estos temas jurídicos más especializados donde los miembros de la Comisión no tienen necesariamente la amplitud completa de la experiencia adecuada o, como en el caso de “Protección de la atmósfera”, la evidencia científica es útil, por lo que la Comisión a veces activamente llega a los cuerpos externos. El estatuto autoriza a la Comisión en el artículo 16 (e) a “... consultar con instituciones científicas y expertos individuales” a los efectos del desarrollo progresivo del derecho internacional. A medida que aumenta el compromiso de la Comisión con tales áreas especializadas, esto a su vez puede llevar a la Comisión, en el contexto de sus métodos de trabajo, a preguntarse cómo se debe determinar la fuente de dicho asesoramiento experto: ¿quién debe determinar quiénes son los expertos apropiados? ¿Debería el Relator Especial tomar esta determinación, o debería decidir la Comisión en pleno, como ha comenzado a hacer la Corte Internacional de Justicia cuando necesita aportaciones de peritos que no son nombrados por las partes ante la Corte?

Inevitablemente, es en la elección de temas tan nuevos y más especializados que la Comisión tiende a recibir la mayoría de las críticas de los Estados en la Sexta Comisión. Se pide a la Comisión que esté más atenta a los deseos de los Estados y que no aborde temas que no cuentan con el apoyo de los Estados en general. Habiendo dicho esto, también es cierto que la Sexta Comisión rara vez solicita a la Comisión que aborde temas particulares, e incluso es inusual que los Estados individuales

formulen recomendaciones. En particular, la Comisión, en su 70º período de sesiones, incorporó dos nuevos temas a su programa a largo plazo y, sin duda, considerará activamente en futuros períodos de sesiones si uno o ambos temas deberían incluirse en su programa de trabajo: “Aumento del nivel del mar y su relación con el derecho internacional” y “Jurisdicción penal universal”. Un argumento positivo a favor de que la Comisión se involucre en áreas más especializadas es que, con su visión generalista, puede ayudar a evitar la “fragmentación” entre diferentes cuerpos de derecho.

La Comisión, de vez en cuando, ha realizado “estudios” del derecho internacional como medio para identificar posibles nuevos temas. El primero fue preparado principalmente por Hersch Lauterpacht en 1949 sobre la base de un memorando preparado por la Secretaría, que informó el trabajo de la Comisión durante décadas. Una nueva encuesta en 1968 trató de proporcionar una revisión completa del estado del derecho internacional y fue concebida como una sucesora de la Encuesta de 1949. En 1996, la Comisión estableció un esquema general de temas de derecho internacional clasificados en una lista no exhaustiva de 13 campos principales, subdivididos en temas que la Comisión ya había abordado, los que se estaban considerando y los posibles temas futuros. Más recientemente, a solicitud de la Comisión en 2014, la Secretaría preparó una encuesta en la que se revisó el esquema general de 1996 y presentó documentos de trabajo para seis posibles nuevos temas. Un enfoque interesante se adoptó en 1962 cuando, en cumplimiento de una resolución, la Asamblea General decidió incluir en su programa: “Labor futura en el campo de la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional...” “... con el fin de estudiar y relevar todo el campo del derecho internacional y hacer las sugerencias necesarias con respecto a la elaboración de una nueva lista de temas para la codificación y para el desarrollo progresivo del derecho internacional...”. La encuesta resultante se preparó principalmente sobre la base de las respuestas recibidas de los gobiernos. Si los Estados de la Sexta Comisión desean colaborar seriamente con la Comisión en sus elecciones de temas, repetir la experiencia de 1962 puede ser un medio de lograr este fin.

e) Autoridad y Membresía

El tema de esta subsección abarca tanto la autoridad más amplia de la Comisión, que se basa en múltiples fundamentos, como su membresía, que es una de esas bases entre muchas. Los resultados de la Comisión en forma de proyectos de artículos, proyectos de conclusiones, etc., no son vinculantes en virtud del derecho internacional; no tienen autoridad en este sentido ni en el sentido jerárquico. Tampoco, en ese sentido, los resultados de la Asamblea General, incluso cuando se celebran en forma de tratados. Excepto en la medida en que dichos productos sean declaraciones del derecho internacional existente, dependen de las acciones ulteriores de

los Estados para convertirse en ley y para tener la autoridad de ser vinculantes en virtud del derecho internacional.

La autoridad que se discute en este inciso es, más bien, la autoridad intangible, o fuerza persuasiva, que conlleva el trabajo de la Comisión, y que tiende a ser reconocida y respetada por los Estados, organismos internacionales, cortes y tribunales, tanto internacionales como nacionales, y publicistas. ¿De dónde emana este tipo de autoridad y por qué se respeta?

Las fuentes de la autoridad de la Comisión en este sentido se relacionan tanto con sus características institucionales como con sus productos individuales sobre los temas que tiene ante sí. Institucionalmente, la Comisión es un organismo que tiene la autoridad de haber sido establecido por la Asamblea General poco después de la creación de las Naciones Unidas, integrado por expertos reconocidos en derecho internacional que actúan independientemente de los gobiernos, con un mandato directamente relacionado con las responsabilidades de la Asamblea en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, no compartida por ningún otro actor en el campo de juego del derecho internacional general, y gozando de una relación privilegiada y directa con los Estados a través de la Sexta Comisión. Ningún otro organismo jurídico internacional de expertos está dotado de estas características institucionales.

La composición de la Comisión y la forma en que se selecciona a los miembros forman parte de estas características institucionales que apuntalan la autoridad inherente a la Comisión. El hecho de que la membresía sea «universal», en el sentido de ser representativa de la distribución geográfica completa de los Estados Miembros de las Naciones Unidas, es esencial para la credibilidad y legitimidad de la Comisión. El nombramiento por parte de los Estados y la elección por la Asamblea General sobre una base diseñada para ser representativa de las cinco agrupaciones regionales de Estados de las Naciones Unidas es una demostración visible de la capacidad de la Comisión para representar las diversas tradiciones jurídicas. Aunque las elecciones de órganos políticos son cada vez más criticadas en la literatura como un medio de seleccionar a personas para cargos judiciales internacionales y otros puestos de expertos, siguen siendo el medio principal por el cual se logra la autoridad y legitimidad del principal órgano plenario de la ONU.

En el momento del establecimiento de la Comisión, había 57 Estados Miembros de las Naciones Unidas. Ahora hay 193 y 2 Estados observadores. En palabras del Magistrado Yusuf, Presidente de la Corte Internacional de Justicia, este cambio no es solo numérico: "... representa un cambio social profundo que implica el surgimiento de un cuerpo diverso de actores, cada uno con su propia cultura, costumbres y tradiciones legales. Estos cambios fortalecieron la misión de la Comisión de Derecho Internacional y sentaron las bases de su capacidad para contribuir a la formación de un orden jurídico internacional universal". En otras palabras, la membresía de la Comisión, representativa de los cinco grupos regionales de Estados y sus culturas

y tradiciones ampliamente diversas, incluidas las tradiciones jurídicas, es esencial para la autoridad y el respeto que la Comisión necesita para cumplir su mandato.

Como lo expresa un panelista, la Comisión difícilmente podría determinar cuáles son las “preocupaciones urgentes de la comunidad internacional en su conjunto” si no fuera ella misma representativa de esa comunidad. Por lo tanto, el número de miembros se ha multiplicado por varias de los quince originales a los treinta y cuatro actuales para ser representativo del aumento del número de miembros de las Naciones Unidas. Se ha establecido una distribución fija de escaños para garantizar una distribución geográfica equitativa. Es importante destacar que la membresía de la Comisión es un microcosmos de la membresía de las Naciones Unidas.

A lo largo de los años, la Asamblea General ha elegido una variedad de tipos de miembros de la Comisión, incluidos jueces, académicos, asesores legales o actuales de ministros de relaciones exteriores, diplomáticos y, a veces, ministros de gobierno. La experiencia jurídica es importante, pero también está estrechamente relacionada con la necesidad de garantizar la representación de las principales formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos del mundo. El estatuto de la Comisión prevé un equilibrio entre la representatividad regional y la experiencia jurídica. De hecho, el conocimiento de las opiniones de los gobiernos y la capacidad de tener plenamente en cuenta la práctica estatal es una cualidad esencial de la Comisión.

En cuanto a la autoridad que conllevan los resultados individuales de la Comisión, éstos dependen, por supuesto, en cierta medida de la autoridad institucional inherente de la Comisión discutida anteriormente, pero también del cuidado y la diligencia con que la Comisión produce el resultado particular en cuestión. En otras palabras, los métodos de trabajo rigurosos y científicos de la Comisión tal como se aplican en la preparación de sus productos individuales son fundamentales para la recepción que los productos recibirán de los «clientes» principales de la Comisión: Estados, organizaciones internacionales, cortes y tribunales internacionales, eruditos y otros.

La propia Comisión ha reconocido que la minuciosidad y la calidad técnica de su trabajo son fundamentales para la autoridad y la persuasión de sus resultados. Esto se puede encontrar en el trabajo de la Comisión sobre la “Identificación del derecho internacional consuetudinario”. Las conclusiones sobre el tema no incluyen una disposición específicamente dedicada a los propios productos de la Comisión, pero en el comentario introductorio a la quinta parte de las conclusiones se afirma que las determinaciones de la Comisión “... pueden tener un valor particular [derivado de, *entre otras cosas*] la minuciosidad de sus procedimientos (incluida la consideración de estudios exhaustivos de la práctica de los Estados y la *opinio juris*); y su estrecha relación con la Asamblea General y los Estados (incluida la recepción de comentarios orales y escritos de los Estados a medida que avanza con su trabajo)”. Concluye que “el peso que se le dé a las determinaciones de la Comisión depende

[...] de diversos factores, entre ellos las fuentes en las que se basa la Comisión, el estado de su trabajo y, sobre todo, la recepción por los Estados de su producción”.

Teniendo en cuenta estos factores, algunos colaboradores arrojan cierto grado de duda sobre la capacidad de la Comisión para examinar la práctica, las culturas y las tradiciones jurídicas de 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas, especialmente teniendo en cuenta el bajo índice de respuestas de los Estados a las solicitudes. por la Comisión para obtener opiniones e información. Esta es otra razón por la que el carácter universalmente representativo de la Comisión es fundamental para su autoridad. Incluso en ausencia de un aporte generalizado de los gobiernos sobre algunos temas, la diversidad geográfica de los miembros de la Comisión y los amplios antecedentes de los miembros, tanto gubernamentales como no gubernamentales, ayudan a garantizar que se tenga en cuenta la diversidad de opiniones.

La representación regional infunde todos los aspectos de los métodos de trabajo de la Comisión. El cargo de Presidente rota entre los cinco grupos regionales cada año, al igual que los otros cuatro cargos de la Mesa (los dos Vicepresidentes, el Presidente del Comité de Redacción y el Relator General). La Mesa es el centro de gravedad organizativo de la Comisión, que considera y recomienda al plenario una amplia gama de asuntos importantes para la adopción de decisiones. Estos incluyen el programa de trabajo, las opciones del Relator Especial y si algún tema en particular debe incorporarse del programa a largo plazo de la Comisión a su programa actual. El hecho de que cada grupo regional de miembros de la Comisión tenga un miembro en la Mesa facilita el camino para que el plenario tome decisiones sobre asuntos tan importantes. La Comisión tiene como objetivo, por ejemplo, para una buena difusión regional de los relatores especiales en los diversos temas de su programa. El carácter visiblemente representativo regional de la Comisión y el hecho de que trabaja sobre la base de la rotación regional para la Presidencia y otros puestos de la Mesa, reflejando a este respecto los métodos de trabajo de la Asamblea General, es un elemento esencial en la autoridad que la Comisión tiene en su relación con la Sexta Comisión.

Resumen de las contribuciones

La Parte 1 del libro titulada “*Estableciendo un equilibrio para el futuro: la conversación de Nueva York*” contiene las contribuciones de los panelistas durante los eventos de celebración en Nueva York, e incluye el discurso de apertura de la Sección 1 sobre “*La Comisión y la Sexta Comisión: cambios estructurales*” (Eduardo Valencia-Ospina), el que señala que el éxito del trabajo de la Comisión, que se basa en la práctica, ha dependido tanto del diálogo sostenido con el Sexto Comité, como en la cooperación recibida de los gobiernos. Critica el hecho de que la Asamblea General no haya aprobado ninguna convención basada en un borrador final de la Comisión desde 2004. François Alabrune también ve la relación entre la Comisión y el Comité en gran medida como la base para el buen funcionamiento de la Comisión. Analiza los de-

safíos estructurales a los que se enfrenta la Comisión y sugiere posibles formas de abordarlos. *Mahmoud D. Hmoud* explica que la Comisión desempeña una función de asesoramiento en relación con la comunidad internacional, que puede ser de naturaleza expositiva en muchos casos. Reconoce la existencia de otros órganos y órganos legislativos internacionales y recomienda que la Comisión siga teniendo en cuenta la labor y los procesos de esos órganos. *Janine Felson* sostiene que puede ser mejor mirar más allá de la bifurcación entre la codificación y el desarrollo progresivo y, en cambio, buscar una funcionalidad práctica de la Comisión como un codificador progresivo, preservando su legitimidad y promoviendo simultáneamente el desarrollo del derecho internacional. Según *Ernest Petrić*, el principal desafío de la Comisión es la selección de temas. Tras señalar que la Comisión se estableció cuando el mundo era un lugar diferente, alienta a la Comisión, junto con los Estados, a encontrar formas de adaptar su metodología para manejar temas de la vida internacional moderna y las necesidades emergentes de la comunidad internacional.

En la Sección 2, los colaboradores discuten sobre el tema “La Comisión y la Sexta Comisión: reflexiones sobre la interacción en el pasado y el futuro”, incluyendo sugerencias para mejorar esa interacción. En sus comentarios introductorios, *Burhan Gafoor* distingue entre tres funciones en las que la Sexta Comisión ha interactuado con la Comisión: primero, su función tradicional como Comisión principal de la Asamblea General que debate el informe anual de la Comisión; en segundo lugar, como foro donde, *entre otras cosas*, se negocian los borradores preparados por la Comisión; y tercero, un filtro y constructor de consensos que utiliza sus modalidades para llegar a consensos sobre el trabajo de la Comisión. *Evgeny Zagaynov* toma nota de que la Comisión goza de un alto grado de autonomía, mientras que la orientación política general de la Sexta Comisión permite comprender las necesidades y expectativas de los Estados. Para lograr un equilibrio entre las necesidades de los Estados y la independencia de la Comisión, sugiere centrarse en cómo mejorar el procedimiento existente para seleccionar y luego trabajar en los temas. *Concepción Escobar-Hernández* se pregunta si el actual modelo de relación entre la Comisión y la Sexta Comisión es satisfactorio y eficaz. Analiza diferentes aspectos de la relación como la selección de temas, la transmisión de información sobre el trabajo de la Comisión, los aportes de los Estados, la realización de reuniones entre la Comisión y la Sexta Comisión, y la respuesta de la Sexta Comisión al trabajo final de la Comisión. *Ángel Horna* examina las formas en que la Sexta Comisión y la Comisión se han influido mutuamente, formal e informalmente, en términos de logros y dificultades conjuntas. También considera cómo la Comisión debería diseñar sus resultados y cómo la Sexta Comisión debería abordarlos en el futuro. Al comparar las funciones distintas pero interrelacionadas de la Sexta Comisión y la Comisión, *Hussein Hassouna* concluye que el conocimiento institucional de la Comisión, su marco dentro de la Asamblea General y su asociación con la Sexta Comisión, le brindan una posición única para continuar codificando y desarrollar progresivamente el derecho internacional en el futuro.

La Parte 2 de este volumen, «Dibujando el equilibrio para el futuro: el Simposio de Ginebra» incluye las contribuciones realizadas durante los eventos de celebración en Ginebra. Al presentar el simposio, *Georg Nolte* señala que la Comisión parece haber superado la sensación de crisis que había prevalecido durante las celebraciones del sexagésimo aniversario. Explica que el objetivo principal del simposio de Ginebra fue producir un impulso duradero que sirva para mejorar y salvaguardar el papel único de la Comisión en el desarrollo y la codificación progresiva del derecho internacional. En sus palabras de apertura a la Sección 3 sobre “La Comisión y su Impacto”, *Pedro Comissário Afonso* observa que incluso la soberanía necesita de normas: internamente, para funcionar correctamente y con equidad, y a nivel internacional, para coexistir y cooperar con otras soberanías en competencia. *Alejandro Rodiles*, en su contribución titulada “La Comisión de Derecho Internacional y el cambio: no rastrearlo, sino enfrentarlo”, sostiene que la percepción de la falta de capacidad de la Comisión para hacer frente a las estructuras cambiantes del sistema jurídico internacional no es precisa. Utilizando diferentes ejemplos, muestra cómo la Comisión afina las normas del derecho internacional en respuesta a un entorno normativo cambiante e incierto. En su contribución sobre “Comisión de derecho internacional en un espejo: formas, impacto y autoridad”, *Laurence Boisson de Chazournes* evalúa si la disminución progresiva del número de convenios adoptados con base en el trabajo de la Comisión es una señal de su declive y si la creciente diversidad de instrumentos elaborados por la Comisión afecta su impacto. Concluye que la Comisión goza de una autoridad *per se*, que es de naturaleza dinámica y custodiada por la Comisión y los Estados como sus guardianes a corto y largo plazo. En sus observaciones finales, *Pavel Šturma* observa que se necesita una mejor comprensión de los interlocutores de la Comisión para evaluar y proponer posibles modificaciones a sus métodos de trabajo en un entorno normativo cambiante. La Comisión, como órgano de expertos y órgano subsidiario, es -de hecho- el lugar donde la teoría puede (y a veces lo hace) convertirse en práctica, lo que conlleva responsabilidades y expectativas de sus diferentes grupos.

En la Sección 4 se analizan los “Métodos de trabajo de la Comisión”. *Aleksandar V. Gajić*, en sus comentarios de apertura, explica que la Sección se centrará en cómo la Comisión de Derecho Internacional lleva a cabo su trabajo; es decir, sobre cómo produce resultados que siguen siendo indispensables para la comunidad internacional contemporánea. *Danae Azaria*, en su contribución titulada «Los métodos de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional: Adherencia a la metodología, comentarios y toma de decisiones» reflexiona sobre la importancia de los métodos de trabajo de la Comisión para preservar y mejorar la calidad de su labor. Concluye que los métodos de trabajo de la Comisión no pueden ni deben abreviarse más, sino que deben ampliarse y mejorarse. En su contribución sobre «Los métodos de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional», *Maurice Kamto* se pregunta si la Comisión ha podido aprovechar los comentarios y sugerencias de los participantes en el coloquio celebrado con motivo de su cincuentenario. Sostiene que una aclaración de

la metodología en relación con la adopción de los productos de la Comisión podría permitirle mantener la diversidad terminológica actual al tiempo que salvaguardar su autoridad y reputación. En sus comentarios finales, *Shinya Murase* se centra en la forma final de los productos de la Comisión, pero también comenta sobre cuestiones como la importancia de distinguir entre codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, la posibilidad de votación, el papel de los informes de los Relatores Especiales y los comentarios de la Comisión, la utilidad de las aportaciones de los científicos y el apoyo proporcionado por la Secretaría.

En sus comentarios introductorios a la Sección 5 sobre la función de la Comisión: ¿cuándo identificar la ley existente?, ¿cuándo proponer una nueva ley? *Davinia Aziz* sostiene que el debate sobre el equilibrio adecuado entre estabilidad y cambio en el mandato de la Comisión sigue siendo relevante en la actualidad. Señala que mejora la capacidad de los Estados miembros para responder de manera significativa a los productos de la Comisión en un mundo caracterizado por una pluralidad de actores. La Comisión, como órgano de codificación de la única organización internacional universal, ha evolucionado junto con los cambios en la elaboración de tratados multilaterales y la gobernanza mundial. En su contribución titulada «Entre la codificación y la legislación: un papel de la Comisión de Derecho Internacional como legislador autónomo», *Yifeng Chen* sostiene que la Comisión desempeña un papel doble en el proceso de elaboración del derecho internacional, como registrador y legislador, que se ocupa de diferentes tipos de legislación, a saber, «legislación mediante la conceptualización», «legislación mediante la *lex scriptum*», «legislación mediante la codificación» y «legislación mediante convención». Reflexionando sobre «Las funciones de la Comisión de Derecho Internacional: ¿Identificar la ley existente o proponer una nueva ley?», *Ineta Ziemele* propone que la Comisión revise sus funciones y métodos de trabajo para tener en cuenta la creciente pluralidad de actores y fuentes del derecho. Teniendo en cuenta el compromiso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el trabajo de la Comisión, alienta una mayor apertura, diálogo y comunicación entre los diversos órganos involucrados en la elaboración y aplicación del derecho internacional. *Sean D. Murphy*, en sus observaciones finales, ofrece una «perspectiva interna» sobre los factores que empujan el equilibrio dentro de la Comisión, ya sea en la dirección de la «codificación» del derecho internacional o en la dirección del «desarrollo progresivo», y analiza cuándo la Comisión es transparente al trazar la distinción. En su opinión, gran parte de lo que hace la Comisión es un desarrollo progresivo del derecho, incluso si otros lo perciben comúnmente como una codificación.

La Sección 6 trata sobre “El panorama cambiante del derecho internacional”. En sus comentarios de apertura, *Elinor Hammarskjöld* señala que es un aspecto importante de la interacción entre la Comisión y los gobiernos que la Comisión no tiene que limitarse a temas tradicionales, sino que también debe considerar cuestiones que reflejan nuevos desarrollos en el derecho internacional. En su contribución sobre «Desafíos de la codificación para la Comisión de Derecho Internacional en

un *panorama* cambiante del derecho internacional», *Hajer Gueldich* examina el panorama cambiante del derecho internacional en busca de temas pertinentes. Concluye que la Comisión debe diversificar no solo los temas de su programa de trabajo, sino también la difusión de sus resultados, la forma en que aporta conocimientos y puntos de vista externos de los Estados en desarrollo y su interacción con otros órganos, desde las organizaciones regionales hasta el mundo académico. “Recalibrando la concepción de la codificación en el panorama cambiante del derecho internacional”, *Keun-Gwan Lee* realiza una evaluación histórica del concepto de codificación del derecho internacional, comenzando con las propuestas de Jeremy Bentham, hasta la adopción del estatuto de la Comisión. Distinguiendo entre (i) codificación mega o total, (ii) codificación fundamental o arquitectónica, (iii) codificación temática y (iv) codificación complementaria o anotativa, sugiere restablecer el equilibrio entre estas diversas categorías de codificación. *Claudio Grossman Guiloff*, en sus observaciones finales, observa que ambos colaboradores de la Sección coinciden en las fortalezas de la Comisión que le han permitido seguir siendo relevante y eficaz: la capacidad de la Comisión para adaptarse a las cambiantes demandas de la comunidad internacional; la diversidad de la Comisión; y la independencia de la Comisión. También reflexiona sobre tres temas adicionales, a saber, la falta de equilibrio de género en la Comisión, el entorno geopolítico actual y el “factor humano” del derecho internacional.

En sus comentarios de apertura a la Sección 7 sobre “La autoridad y los miembros de la Comisión”, *Djamchid Momtaz* advierte que la Comisión debe evitar abordar temas que no son aptos para la codificación. Al mismo tiempo, los criterios de selección establecidos en 1997 no deben impedir que la Comisión considere temas que reflejen las nuevas tendencias y preocupaciones de la comunidad internacional en su conjunto, que son el elemento vital de la Comisión. *Zuzana Trávníčková*, en su contribución sobre “La Comisión de Derecho Internacional y el mercado de codificación del derecho internacional”, profundiza sobre la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional como servicios ofrecidos, así como sobre la Comisión de Derecho Internacional como principal proveedor y a los Estados como demandantes. Observa que el comportamiento de los demandantes cambia lenta pero constantemente, mientras que la demanda agregada de codificación se debilita. Por el lado de los proveedores, sin embargo, la Comisión de Derecho Internacional todavía ocupa una posición única debido a su mandato general. Centrándose en la “Autoridad y Comisión de la Comisión en el Futuro”, *Mónica Pinto* sostiene que se debe alentar a los Estados a nominar y elegir a más mujeres para la Comisión, y que los métodos de trabajo de la Comisión deben incorporar la diversidad de sistemas legales. Si la Comisión de Derecho Internacional va a desarrollar más productos que no sean proyectos de artículo, debería considerar la posibilidad de consultar a un campo más amplio de partes interesadas. *Dire Tladi*, en sus observaciones finales, observa que las contribuciones de *Zuzana Trávníčková* y *Mónica Pinto* son com-

plementarias al ofrecer diferentes perspectivas sobre la interacción entre autoridad y membresía, en particular sobre el tema de la representación de género.

La Tercera parte incluye “Contribuciones de celebración con motivo del septuagésimo aniversario de la Comisión”. La Sección 8 contiene los discursos pronunciados en Nueva York. En su declaración, Eduardo-Valencia Ospina, en su calidad de *Presidente de la Comisión de Derecho Internacional en su septuagésimo primer período de sesiones*, enfatiza que la Comisión ha jugado un papel crucial en sentar las bases para el buen funcionamiento de la comunidad internacional en la era de la posguerra. Dadas las preocupantes tendencias aislacionistas que han surgido recientemente en el escenario mundial, es necesario, hoy más que nunca, que continúe su labor de consolidación del derecho internacional. El *Presidente de la Asamblea General en su septuagésimo segundo período de sesiones* Miroslav Lajčák, señala que el trabajo de la Comisión ha fortalecido el cuerpo del derecho internacional. La Comisión ha ayudado a crear muchos instrumentos internacionales clave y ha contribuido a crear vías, entre otras cosas, para la prevención, el enjuiciamiento y el castigo de los delitos más graves. El *Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico de las Naciones Unidas*, Miguel de Serpa Soares, destaca diferentes razones del éxito de la Comisión: su mandato intergubernamental, su composición única, sus sofisticados métodos de trabajo y el apoyo brindado por su Secretaría. También observa que, si bien la Comisión se enfrenta hoy a importantes desafíos, ha demostrado su capacidad de adaptación durante los últimos 70 años. El *presidente de la Sexta Comisión de la Asamblea General en su septuagésimo segundo período de sesiones*, Burhan Gafoor, señala la relación entre la Sexta Comisión y la Comisión como una relación orgánica y simbiótica que se basa en un objetivo común, que es apoyar la el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional y el fortalecimiento del sistema multilateral basado en normas. El *Representante Permanente de Suiza ante las Naciones Unidas*, Jürg Lauber, observa que, si bien todos los esfuerzos para mejorar el diálogo entre la Sexta Comisión de la Asamblea General y la Comisión de Derecho Internacional son bienvenidos, la opción de celebrar las reuniones de la Comisión en Ginebra garantiza la completa independencia de su trabajo. La *Asesora Legal del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América*, Jennifer Newstead, explica que Estados Unidos no siempre ha estado de acuerdo con los temas propuestos o conclusiones particulares, pero Estados Unidos reconoce el papel único que juega la Comisión en el avance de la regla de derecho en el ámbito internacional. En su discurso de apertura, Nico Schrijver, *Presidente del Institut de Droit International y Profesor de Derecho Internacional Público*, analiza algunas similitudes y diferencias entre la Comisión y el *Institut de Droit International*, seguido de varios ejemplos en los que ambas instituciones han contribuido al desarrollo progresivo del derecho internacional.

La Sección 9 incluye los discursos conmemorativos pronunciados en Ginebra. Eduardo-Valencia Ospina, en su calidad de *Presidente de la Comisión de Derecho Internacional en su septuagésimo primer período de sesiones*, elabora un concepto más

amplio de codificación, que fusiona la codificación clásica y el desarrollo progresivo, y señala que la forma final del trabajo de la Comisión podría quizás sea menos importante para el futuro que el complejo proceso de codificación y desarrollo progresivo en sí mismo. El *Secretario General Adjunto de Asuntos Jurídicos y Asesor Jurídico de las Naciones Unidas*, Miguel de Serpa Soares, destaca que la Comisión de Derecho Internacional sigue siendo el centro del desarrollo y fortalecimiento del orden jurídico internacional. Corinne Cicéron Bühler, *Directora de la Dirección de Derecho Internacional y Asesora Jurídica del Departamento Federal de Relaciones Exteriores de Suiza*, observa que la diversidad de culturas jurídicas propias de la Comisión y la Sexta Comisión, que se complementan entre sí, es un activo para el desarrollo del derecho internacional. Kate Gilmore, *Alta Comisionada Adjunta de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, destaca la gran importancia del trabajo de la Comisión para la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y el cumplimiento de la panoplia de sus mandatos de derechos humanos. Abdulqawi A. Yusuf, *Presidente de la Corte Internacional de Justicia*, analiza cómo la Comisión de Derecho Internacional ha cumplido su mandato a la luz de los cambios en la estructura y composición de la comunidad internacional que se han producido durante los últimos 70 años. Considerando en particular la descolonización y el alejamiento de un sistema centrado en el Estado, observa que la labor de la Comisión, en su conjunto, demuestra una apertura a diversas perspectivas, que han dejado una marca indeleble en los contornos del derecho internacional contemporáneo.

La obra que recensamos, sin alejarnos del texto mismo de la publicación, tiene el valor de complementar los trabajos anteriores con facetas no desarrolladas, enriquecidas por provenir de la boca misma de quienes han vivenciado la CDI y su obra.

Zlata Drnas de Clément

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Obispo Trejo 181,
en el mes de diciembre de 2021

